

Die

Compensation

nach schweiz. Obligationenrecht.

(Vergleichende Darstellung.)

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

der hohen juridischen Fakultät der Hochschule Bern

vorgelegt von

Arnold Janggen

von Rorschach.



Bern

Buchdruckerei Paul Haller

1887.

Die

Compensation

nach schweiz. Obligationenrecht.

(Vergleichende Darstellung.)

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

der hohen juridischen Fakultät der Hochschule Bern

vorgelegt von

Arnold Janggen

von Rorschach.

Bern

Buchdruckerei Paul Haller

1887.

Die

Compensation nach schweiz. Obligationenrecht.

Von Dr. *Adolf Janggen.* [1])

Einleitung.

Die Erlöschungsgründe der Obligationen lassen sich ihrer Wirkung nach in zwei Klassen unterbringen: die einen vernichten die Forderung, ohne dass der Forderungsberechtigte irgend ein Aequivalent dafür erhalten hat; die andern sind derart, dass durch den Vernichtungsakt zugleich auch der Ersatz, das Aequivalent für diesen Verlust dem Forderungsberechtigten gegeben wird. Zu den erstern zählen wir z. B. Schulderlass, Verjährung etc., zu den letztern Zahlung, Novation, Compensation.

Zweck der vorliegenden Arbeit ist, eine Darstellung der Compensation nach schweiz. Obligationenrecht zu geben, jedoch mit Berücksichtigung und Vergleichung des römischen, gemeinen und französischen Rechts; eine Ausdehnung, die sich hauptsächlich aus zwei Gründen nicht nur rechtfertigen, sondern als geradezu geboten erweisen lassen wird: einmal daraus, dass das römische Recht,

---

[1]) Die vorliegende, der bern. Juristenfakultät vorgelegte Abhandlung bespricht eine Frage von höchstem praktischem Interesse, die auch den bern. Juristenverein im vorigen Winter beschäftigt hat. Wir glauben daher unsern Lesern mit deren Abdruck einen Dienst zu leisten. Red.

wenn schon die Schweiz seiner Zeit den Receptionsprocess nicht durchgemacht hat, womit dessen unmittelbare oder auch subsidiäre, praktische Anwendung ausgeschlossen ist, dennoch für unsere neueste Codification, das O.[1]), grundlegend gewesen ist, und dann daraus, dass O. ja auch auf dem weitergebaut hat, was vor Allem Deutschland und Frankreich auf diesem Gebiete schon geschaffen haben. Und wie man durch Erlernen fremder Sprachen seine eigene Muttersprache erst recht kennen lernt, so versteht man auch sein eigenes Recht mit seinen Eigenarten, Vorzügen und Mängeln erst durch Vergleichung mit anderen Rechten!

Die Compensation ist, wie schon bemerkt, ein Aufhebungsgrund von Obligationen; sie ist allgemein zu definiren als «Aufrechnung von Forderung und Gegenforderung»; sie setzt das thatsächliche Verhältniss voraus, dass der Gläubiger zugleich Schuldner seines Schuldners geworden ist, «ihre Wirkung besteht darin, dass beide Forderungen in Höhe der sich deckenden Beträge untergehen, dass also eine beidseitige Befriedigung stattfindet ohne ein Geben und Nehmen: der Gläubiger bekommt das nicht in Hände, was er zu fordern hat, darf aber dafür das behalten, was er dem andern geben sollte.» Sie ist nicht Zahlung; denn diese verlangt eine solche Handlung der Uebertragung, bringt das Geschuldete in das Eigenthum des Fordernden, hat eine existente Unterlage; das, womit bezahlt wird, während C.[2]) möglich und gerade dann am vortheilhaftesten ist, wenn beide Berechtigte nichts zum Zahlen besitzen; in ihrem Schlusseffekte aber, in der gegenseitigen Befriedigung kommt sie der Zahlung gleich.

Die C., wie sie in allen modernen Rechten zu finden ist, ist von diesen herübergenommen aus dem römischen Rechte; dort hat sie in kleinen Anfängen ihren Ursprung

---

[1]) Im Nachfolgenden O. für „schweiz. Obligationenrecht“.

[2]) Im Nachfolgenden C. für „Compensation“.

genommen und ist im Corpus juris als wohl ausgebildetes Institut zum Abschluss gekommen. Aufgabe des folgenden ersten Theils ist es, diese Entstehungsgeschichte zu skizziren; der Darstellung selbst liegen vor Allem zu Grunde die umfassenden Werke von Dernburg und Eisele. [1])

I. Theil.

Geschichtliche Darstellung.

---

1. Die Compensation im römischen Rechte.

§ 1.

Geschichtliche Entwicklung bis Justinian.

Die C. war dem alt-römischen Rechte unbekannt; eine Erscheinung, die sich vollkommen erklären lässt aus der Natur des Institutes selbst. Ist eine Forderung entstanden, so hat der Gläubiger ein Recht auf Erfüllung und zwar schlechthin, und das Entstehen einer zweiten Forderung, dergemäss der Schuldner Gläubiger seines Gläubigers wird, kann der ganzen Natur der Forderung nach die erste nicht berühren, sie weder ganz noch theilweise aufheben. Wie aber im röm. Rechte im Allgemeinen die Härten und oft der Nützlichkeit und den Verkehrsinteressen geradezu widersprechenden Konsequenzen durch den immer mehr wachsenden Einfluss der Billigkeit zum Theil abgeschwächt, zum Theil ganz vernichtet werden, so auch hier: æquitas merum jus compensationis intro-

---

[1]) H. Dernburg: Die C. nach röm. Recht mit Rücksicht auf die neuern Gesetzgebungen. 2. Aufl. 1868. Eisele: Die C. nach röm. und gemeinem Recht. 1876. Daneben: Ubbelohde: Ueber den Satz: ipso jure compensatur 1858. Schwanert: Die C. nach röm. Recht, 1870. Leuch: Ursprung und Wirkung der Exceptionen. pag. 139 ff. 1876. Weitere Literatur siehe Windscheid Anm. zu § 348, Bd. II. 5. Aufl.

duxit.[1]) Diese Billigkeit aber entsprang dem praktischen Bedürfniss: jeder ausgedehntere Verkehr sucht Mittel und Wege, auf dem raschesten, leichtesten und billigsten Wege seine Ziele zu erreichen; nicht auf die Form kommt es ihm mehr an, lediglich darauf, dass das Resultat das verlangte sei, und der Gedanke, dass C. allen Anforderungen des Verkehrs genüge und doch völlig das langsamere, schwerfälligere und theurere Geschäft der Zahlung, der effektiven Leistung ersetze, konnte, einmal geboren, nicht mehr untergehen. Es brach sich nach und nach der Grundsatz Bahn, dass es nicht nur unbillig, sondern geradezu dolos gehandelt sei, wenn Jemand von einem Andern das fordert, was er gezwungen ist, sogleich wieder zurückgeben zu müssen: dolo facit qui petit quod redditurus est[2]); man fand, dass hier ein durch das Gesetz zu schützendes Interesse des Schuldners vorliege: interest potius nostra non solvere quam solutum repetere[3]).

Dass es trotzdem einer so langen Zeit und so vieler Kämpfe bedurfte, bis die C. siegreich völlig zum Durchbruch gelangte, hatte seinen Grund vor Allem in processualischen Hindernissen, indem der Formularprocess seinem ganzen Wesen nach sich wenig zu deren Aufnahme und Durchführung eignete. Dass eine vertragsmässige C. schon sehr frühe Eingang gefunden, ist sicher; von einem Zwange für den Gläubiger, sich auch ohne und sogar wider seinen Willen C. gefallen lassen zu müssen, finden sich wohl die ersten Spuren vor Gajus in den Klagen des Wechslers und des bonorum emptor, also bei ersterem in stricti juris judicia, und zwar in der Weise, dass das Wesen des stricti juris judicium absolut nicht geändert, sondern der Kläger gezwungen wurde, agere cum compensatione, d. h. die Gegenforderung seines Schuldners selbst in Abzug zu bringen.

[1]) Papinian in l. 36 D. 26, 7.
[2]) l. 8 pr. D. 44, 4.
[3]) l. 3 D. h. t. 16, 2.

Der Wechsler, argentarius, hatte nämlich, wenn aus seinem Geschäftsverhältnisse mit einem Dritten Forderungen und Gegenforderungen entstanden waren, obligationes certæ, auf ein dare von gleichwerthigen Quantitäten desselben genus gehend, bei Fälligkeit der beidseitigen Ansprüche eine actio cum compensatione; er musste, bei Vermeidung gänzlicher Abweisung und damit völligen Verlustes seiner Forderung, nur den Ueberschuss einklagen [1]. Cohn [2] macht daher die Bemerkung: Die C. sei ursprünglich ein rein handelsrechtliches Institut gewesen.

Der zweite Fall ist der des bonorum emptor [3]. Nach altem röm. Rechte war die Realexecution eine universelle; der von der Gläubigerversammlung bestellte magister bonorum vendendorum veräussert «das Vermögen im Ganzen» an den Meistbietenden, den bonorum emptor, der nun als Universalsuccessor das ganze Activvermögen des Cridars erhält und sich verpflichtet, den Gläubigern dagegen gewisse Prozente ihrer Forderungen zu bezahlen. In das Vermögen des Cridars fallen auch etwaige Gegenforderungen desselben an seine Gläubiger, und der bonor. emptor hatte als Universalsuccessor die Klagen des Cridars utiliter, konnte also diese Ausstände einfordern. Um nun der schreienden Ungerechtigkeit vorzubeugen, dass der Gläubiger dem emptor seine Schulden an den Cridar voll bezahlen müsste, während er für seine Forderung nur die ausgemachten Prozente, also oft nur eine kleine Theilsumme, erhielt, wurde der emptor gezwungen, auf Antrag des Gläubigers hin mit der formula cum deductione zu klagen, welche eine Schätzung der beiden Forderungen und eventuelle Subtraction dem judex überliess. Gleiche Gattung, gleiche Beschaffenheit, Fälligkeit, alles Erfordernisse der Klage des argentarius fallen hinweg

---

[1]) Gajus IV. 64 ff.
[2]) In Endemann's Hdb. III. p. 1026.
[3]) Gajus IV. 66, 67.

aus Gründen der Billigkeit und aus begründeter Rücksicht auf die besondern Umstände einer General-Liquidation.

Auf welche Weise nun eine Weiterbildung der C. stattgefunden, ist nicht mit Sicherheit festzustellen; die Einen, so Eisele, nehmen an, dass die Klage des argentarius und die formula cum deductione des emptor später auch andern Personen zugestanden habe, mit andern Worten, dass eine Weiterbildung durch die stricti juris negotia geschehen sei; die Andern, so Dernburg, glauben — und sicherlich mit mehr Recht — die Ausdehnung des Instituts bei den bonæ fidei negotia zu finden. Es ist nicht unsere Aufgabe, auf diese verschiedenen, mit grossem Scharfsinne ausgeführten Meinungen näher einzugehen; was die spärlichen Quellenzeugnisse selbst bieten, ist ungefähr Folgendes:

Seit Ende der Republik und kurz vorher — ob vor, zugleich mit oder nach Einführung der Klagen des argentarius und des bonorum emptor, ist bestritten [1]) — findet C. auch bei bonæ fidei negotia statt [2]), jedoch nur bei Gegenforderungen ex eadem causa. Es entspricht dies völlig dem Charakter dieser Obligationen; «der Richter ist hier auf die bona fides gewiesen und dadurch ist ihm in grossem Umfange ein freies Ermessen, eine summa æquitas, eingeräumt. [3])» Die hier dominirende Billigkeit verlangte, dass der Beklagte nur so viel leisten musste, als nach Abzug seiner Gegenforderung übrig blieb. Ob jedoch in dieser Zeit die C., abgesehen von den Fällen des argentarius und bonor. emptor, völlig im Belieben des Richters gestanden habe, steht in Frage [4]).

---

[1]) Vgl. v. Scheurl: Beiträge I, p. 152. Eisele a. a. O. p. 13.
[2]) Gajus IV. 61.
[3]) Baron, Pandekten § 48, Note 19a.
[4]) Für erstere Meinung Dernburg p. 312, 317, für letztere Eisele p. 144.

Eine weitere, bedeutende Entwicklung fand statt durch ein Rescript Marc Aurel's [1]), welches bestimmte, dass in stricti juris judicia irgend welche Gegenforderungen, also auch solche ex dispari causa, vom Beklagten durch exceptio doli zur C. gebracht werden können: sed et in strictis judiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur, woraus nun einige, so Dernburg [2]), die Folgerung ziehen zu können glauben, dass nach dem Grundsatze: exceptio doli bonæ fidei negotiis inest [3]), von jetzt an auch in bonæ fidei negotia ex dispari causa C. zulässig geworden sei. Ueber die processuale Form und Geltendmachung der C. seit diesem Rescripte, speziell über die Frage, ob richterliche C. stattfinden konnte, bestehen wieder drei weit auseinander gehende Meinungen, die hier jedoch von keiner Bedeutung sind [4]).

§ 2.

Die Compensation nach justinianischem Rechte.

Die langsame, schrittweise Entwicklung der C. hat ihren endlichen Abschluss im röm. Recht durch Justinian gefunden. Er bestimmt in lex ult. Codicis de comp. 4. 31: Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda. Damit ist eine grosse Erweiterung des Geltungsgebietes der C. geschaffen: von jetzt an ist sie nicht nur bei persönlichen, sondern auch bei dinglichen Ansprüchen zulässig. Ferner aber stellt Justinian ein neues Erforderniss der C. auf, das der Liquidität, in § 1 dieser lex: Ita compensationes obici jubemus, si causa ex qua compensatur liquida sit et non multis ambagibus in-

---

1) § 30 J. 4, 6.
2) a. a. O. p. 244.
3) l. 21 D. vol. matr. 24, 3; l. 84 § 5. D. de leg. 1 [30]; l. 3 D. de resc. vend. 18. 5.
4) Zusammengestellt von Stampe: Das Compensationsverfahren im vorjustinianischen stricti juris judicium pag. 7 ff.

nodata, sed possit judici facilem exitum sui præstare. Wie diese Constitution selbst den Begriff der Liquidität aufgefasst haben will, ob dann dieselbe für jede C., auch diejenige für Forderungen ex exdem causa, und ob sie für jedes Processstadium verlangt werde, darüber herrscht seit lange Streit. Nimmt man an, dass Liquidität einer Forderung dann vorliegt, «wenn deren Existenz und Höhe für den erkennenden Richter bereits eine gewisse ist[1])», so ergibt sich aus dem Texte der Verordnung, dass Justinian ein so strenges Erforderniss nicht verlangt. Die angeführten Worte in Verbindung mit den weitern: ...... «hoc itaque judices observent, et non procliviores in admittendas compensationes existant nec molli animo eas suscipiant, sed jure stricto utantur, si invenerint eos majorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii judicio reservent, litem autem pristinam jam pæne espeditam sententia terminali componant», beweisen vielmehr, dass er nur «Liquidabilität» will, d. h. die Gegenforderung muss innert kurzer Frist bewiesen, liquid gemacht werden können, dies aber in jedem Falle, in jedem Stadium des Processes[2]).

Nach Ansicht Einiger[3]) hat Justinian noch eine dritte Aenderung vorgenommen: er soll «ipso jure C.» eingeführt haben. Ueber die Bedeutung des Satzes aber: compensatio fit ipso jure, «das grosse Räthsel der röm. Compensationslehre», wie Windscheid sich ausdrückt[4]), ist man bis auf den heutigen Tag nicht einig geworden; seit der Glossatorenzeit ist mit viel Aufwand von Fleiss und Scharfsinn darüber gestritten worden, und die jeweilen herrschende Meinung hat ihren Ausdruck auch in den verschiedenen Gesetzgebungen gefunden. Alle die verschiedenen Auffassungen lassen sich aber in zwei

[1]) D. a. a. O. p. 555.
[2]) So Dernburg 564, 565, Baron, a. a. O. § 265. II. 5. u. A. m.
[3]) So Eisele p. 179. vgl. Ubbelohde, a. a. O. p. 17.
[4]) Pandekten. II. § 348, Note 3.

Gruppen eintheilen, in solche, die eine materielle Erklärung geben, «dass sich die Gegenforderungen ohne Berufung einer der beiden Parteien unmittelbar im Gefolge des Rechts selbst mit dem Augenblicke ihrer Coexistenz aufheben, ipso jure gleichbedeutend mit sine facto hominis (aufgestellt vom Glossator Martinus) sei», und solche, die eine bloss formelle Erklärung geben, «dass ipso jure nur im Gegensatz zu einer Aufhebung ope exceptionis stehe, und also heisse, die C. sei ohne Vorschützung einer exceptio zulässig, die Nothwendigkeit einer Berufung auf dieselbe sei weder bejaht, noch verneint». Eine Mittelstellung nimmt schon der Glossator Azo ein, der als Regel erklärt: Sed ego puto eam (c.) ipso jure tunc fieri, cum a partibus est opposita [1]).

Die jetzt herrschende Meinung hat sich dieser Erklärung angeschlossen; nach ihr tritt C. nur durch Berufung des Schuldners auf dieselbe ein, hat dann aber, wenn die C.-Einrede begründet erfunden worden ist, die Fiction zur Folge, als ob die beiden Forderungsrechte sich schon zur Zeit ihres Gegenüberstehens aufgehoben hätten. So befriedigend diese Erklärung an und für sich wäre, so wenig lässt sie sich unbestritten aus den Quellen darthun; nicht nur, dass sie nur einmal in diesem Sinne gegeben wird [2]), sondern auch die scharfe Fassung «ipso jure *fit*» lässt jene Fiction zweifelhaft erscheinen in Bezug auf ihre Quellenrichtigkeit. Auf Grund dieser und vieler anderer Anhaltspunkte kehren sich denn auch eine Menge neuerer Untersuchungen von Dernburg, Brinz, Ubbelohde, Eisele, Schwanert etc. gegen diese Meinung und machen immer wahrscheinlicher, dass diese Quellenstellen eine ganz andere Bedeutung haben; wie diese andere aber lauten soll, darüber gehen die Angreifer zum Theil weit auseinander.

---

[1]) Siehe Dernburg, p. 283 ff.
[2]) l. 4. C. h. t. 4. 31.

Nach Dernburg, p. 312, bedeutet ipso jure compensare, dass die C. nach den Grundsätzen des Rechts selbst (im Gegensatz zur Abhängigkeit vom freien Ermessen des Richters) einzutreten habe. Formelle Erklärungen geben: Brinz [1]): Es sei zur Verwirklichung der C. keine exceptio in die Formel gebracht worden; Ubbelohde: Es bedarf keiner exceptio, eine compensable Gegenforderung vor Gericht geltend zu machen [2]); Schwanert [3]): Gegen sämmtliche Klagen steht das Vorbringen der C. auch noch nach Litiscontestation zu; ebenso Eisele: Das Vorbringen des Beklagten, dass er eine Gegenforderung habe..., braucht nicht schon vor der Litiscontestation zu erfolgen (d. h. im Verfahren in jure), sondern es kann in jedem Stadium des Processes stattfinden (p. 191); Justinian's Formulirung steht im Widerspruche mit dem seit Jahrhunderten bezüglich des ipso jure geltenden Sprachgebrauchs, ist aber fehlerhaft (p. 197). (Es ist wohl eine leichte Art, eine neue Meinung aufzustellen, wenn man die entgegenstehenden Quellenstellen einfach als Interpolationen bezeichnet!) Letzterer stützt sich auf Wieding's Libellprocess; der nachweist, dass die ipso jure wirkende Thatsache in jedem Stadium des Processes angeführt werden kann, die exceptio der Regel nach nur in jure. Wie den gordischen Knoten will Lenel [4]) die Frage mit raschem Hiebe endgültig lösen: «Der praktisch so gänzlich bedeutungslose Streit über den Sinn des Satzes, ipso jure compensatur, findet in der Theorie nur darum kein Ende, weil diese den Ausdruck ipso jure, welcher hier wie sonst aus dem Zusammenhang gedeutet werden muss, gewaltsam überall in derselben Weise verstehen will.»

Die Consequenzen der herrschenden Meinung, welche die beiden Forderungen nach Geltendmachung vom

[1]) Die Lehre von der C. 1849.
[2]) p. 180 a. a. O.
[3]) Die C. nach röm. Recht. Festschrift 1870.
[4]) Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionen, p. 151.

Augenblicke ihrer Compensabilität, d. h. dem Momente, wo beiderseits die objektiven Erfordernisse zur C. vorhanden sind, aufgehoben wissen will, sind nun «extreme Wirkungen» dieser Rückdatirung: Ausschluss von Zinsen von diesem Moment an, von mora, Conventionalstrafe, Zustehen der condictio indebiti bei aus entschuldbarem Irrthum geschehener Zahlung durch den Schuldner, und endlich Zulässigkeit der C. mit einer Forderung, die erst in dieser Zwischenzeit verjährt ist. Es mag hier schon bemerkt werden, dass von all diesen Wirkungen in den Quellen nach allgemeiner Uebereinstimmung nur die Sistirung des Zinsenlaufes [1]) und die condictio indebiti [2]) bezeugt sind; die für mora und Conventionalstrafe angeführten Stellen sind sehr bestritten (so von Schwanert a. a. O.)

Es möge hier an der Anführung der herrschenden römisch-rechtlichen Theorie und ihrer Consequenzen genügen; es wird einem spätern Abschnitte vorbehalten sein (siehe unten § 18), auf die Sache näher einzugehen.

Es hat eines langen und mühsamen Weges in der römischen Rechtsgeschichte bedurft, bis das Ziel erreicht war; die stetige, nichts übereilende Entwicklung hat aber auch ein Werk zu Tage gefördert, das kein vergängliches ist und seinen Platz im Rechtssystem immer unentwegt behaupten wird. Ein fester, in allen Theilen wohl ausgeführter Bau, so steht das römisch-rechtliche Institut der C. vor uns, und dieser Geistesarbeit gegenüber erscheint fast verschwindend, was neue Jahrhunderte und neue Gesetzgebungen, auf ihm fussend, hinzu getragen haben!

§ 3.

2. Die Compensation der kantonalen Gesetzgebungen.

Weder dem germanischen, noch dem altfranzösischen Rechte war eine C. bekannt; aber in Deutschland mit

[1]) l. 11. l. 12 D. h. t. 16, 2.
[2]) l. 10 § 1 D. h. t. 16, 2. l. 30 D. de cond. ind. 12, 6.

der Reception und überall auf dem Continente im Laufe der Zeit hat das röm. Recht seinen siegreichen Einzug gehalten und damit auch das Institut der C. auf fremden Boden verpflanzt; eine eigenartige unabhängige Entwicklung hat — England ausgenommen [1]) — nirgends stattgefunden; die fein ausgearbeitete, römisch-rechtliche Lehre ist überall acceptirt worden. Freilich haben andere Lebensverhältnisse, vor Allem aber andere Processeinrichtungen daran modificirt und geändert, und die Gesetzgebungen der einzelnen Länder gehen in manchen Fragen weit auseinander. — Es würde den Rahmen der vorliegenden Darstellung überschreiten, sollte eine zusammenhängende, dogmatische Darstellung der C. nach römischem, gemeinem, französischem, preussischem Recht gegeben werden, vielmehr wird sich im Verlaufe der Arbeit immer Gelegenheit bieten, vergleichend und gegenüberstellend die verschiedenen Gesetzgebungen zu berücksichtigen. Von Interesse aber dürfte es sein, einen historischen Rückblick über die schweizerischen Verhältnisse, wie sie diesbezüglich vor Inkrafttreten des O. bestanden haben, der dogmatischen Darstellung vorauszuschicken.

Einige Kantone hatten überhaupt keine oder doch nur eine theilweise Codification des Privatrechts, so Uri, Schwyz, die beiden Theile von Unterwalden, beide Basel, beide Appenzell [2]), St. Gallen und Thurgau. Entweder wurden hier die obligationenrechtlichen Verhältnisse nach altem Herkommen und Gerichtsgebrauch beurtheilt, oder man lehnte sich an das gemeine Recht an oder irgend ein Gesetzbuch eines andern Kantons. So z. B. St. Gallen, Thurgau; in letzterem galten die Bestimmungen des zürch. Privatrechts, jedoch stellte im Gegensatz zu diesem bei der C. die Gerichtspraxis das Erforderniss der *«Li-*

[1]) Vgl. Dernburg, p. 277, 278.

[2]) Appenzell A. Rh. besass zwar ein kurz gefasstes „Gesetz betr. die Forderungen und Schulden 1860", das aber keine Bestimmung über C. enthielt.

quidabilität auf». «Die C. ist unzulässig, wenn sie im Vergleich zur Liquidität der Forderung eine unverhältnissmässig weitläufige Processführung zur Folge hätte, welche die Realisirung der Hauptforderung in nachtheiliger, unbilliger Weise verzögern würde[1])». Zug und Glarus besassen ebenfalls kein O., während die andern Materien gesetzlich geregelt waren. Bezüglich der übrigen Kantone, die eigene Privatrechte besitzen, behalten wir die von Huber[2]) aufgestellte Dreitheilung bei.

a) Kantone, welche den Code civil völlig adoptirt oder ihn doch nachgeahmt haben. 1. *Genf* und 2. *Bern-Jura* haben den Code civil völlig adoptirt und damit auch dessen Bestimmungen über C. (Art. 1289—1299); auf sie möge hier nicht näher eingegangen werden, da der Code im 2. Theile genau berücksichtigt wird. 3. *Waadt* (Code civil 961 bis 964) lässt C. von Gesetzeswegen eintreten bei gegenseitigen, fälligen Forderungen, «non reconnues par titres», schliesst sie aus gegenüber der Restitution einer widerrechtlich entzogenen, einer deponirten Sache, einer Gebrauchsleihe, ferner wenn beide Forderungen oder eine «est reconnue par titres». Für den Fall der «mise en décret» (Pfändung, die materiell dem Concurse gleichkommt) lässt es eine beschränkte C. zu (Art. 964) ... pour les dettes qui consistent en comptes courants, billets et autres actes sous seing privé, mais non pour les dettes reconnues par actes publics. 4. *Freiburg*. Nach diesem Civilgesetzbuch, Art. 1327—1331, findet eine C. von Rechtswegen, ohne Zuthun der Parteien statt bei offener Rechnung im Geschäftsverkehr (1328), sonst «zahlt eine Schuld die andere nicht von selbst» und ist C. nur zulässig gegenüber einer noch nicht durch Titel anerkannten Forderung mit einer auf Titel beruhenden, fälligen und nicht bestrittenen (also liquiden) Forderung. Art. 1330

---

[1]) Urtheil des thurg. Obergerichts vom 26. Aug. 1867. Rechenschaftsbericht.

[2]) Dr. E. Huber: System und Geschichte des schweiz. Privat-Rechts. I. 1886. p. 50 ff.

lässt zu, dass diesen dispositiven Bestimmungen durch Vertrag entsagt oder Abbruch gethan werde, sowohl ausdehnend als einschränkend. Unzulässig ist C. bei deponirten, zum Gebrauch geliehenen und bei geraubten Sachen. Für Geltstag gelten die Bestimmungen der Geltstagordnung. 5. *Tessin* regelt die C. in Art. 653—658 seines Codice, lässt sie von Gesetzeswegen eintreten, verlangt Liquidabilität (art. 654: e che (i debiti) sono egualmente liquidi, o che possano facilmente liquidarsi), schliesst sie aus gegen Restitution von ungerecht entzogenen Sachen, gegen Depositum, Commodat, unpfändbare Alimente (636), lässt sie von Seiten des Bürgen mit eigenen Gegenforderungen und solchen des Hauptschuldners zu und gestattet bei der Liquidation C. mit Forderungen jeder Art. 6. Im Code civil von *Neuchâtel* (sect. IV, art. 1054—1057) ist deutlieh ein doppelter Einfluss wahrzunehmen, der des Code Nap. und der denselben ergänzenden französischen Praxis [1]). Eine C. ohne Zuthun der Parteien, de plein droit, findet beim Contocorrentverkehr zweier Personen statt und im Concurse, sofern die Forderungen anerkannt und liquid sind. Die Einwirkung der französischen « compensation judiciaire » zeigt sich in Art. 1056: Der Richter muss hier C. von sich aus vornehmen, wenn auf Grund seines Urtheils sowohl Kläger als Beklagter gegenseitig Geld oder eine bestimmte Menge fungibler Sachen derselben Art zu bekommen hätten; Art. 1057 schliesst die C. aus gegenüber der Verpflichtung zur Rückgabe einer unrechtmässig entzogenen, einer deponirten, einer zum Gebrauch geliehenen Sache, und einer Forderung gegenüber, die als nicht pfändbar erklärte Alimente begreift.

b) Kantone, welche sich an das österreichische, bürgerliche Gesetzbuch anlehnen. 1. Eine ganz eigenthümliche Stellung nimmt *Bern* ein. Nach der Gerichtssatzung war

[1]) Vgl. unten § 11.

C. geradezu ausgeschlossen und konnte nur zu Stande kommen durch C.-Vertrag; die Folge davon war, dass auch eine Widerklage im Processe nicht gestattet war. Diesen völlig negirenden Standpunkt hat das Civilgesetzbuch, Satzung 1014—1020, beinahe ganz beibehalten. Nach Satzung 1014, 1015 ist C. nur im beschränktesten Umfange gestattet, wenn die Parteien vorher einen diesbezüglichen Vertrag abgeschlossen hatten oder in Folge Geschäftsverkehrs in offener Rechnung mit einander standen. Ferner wurde sie zugelassen zwischen Forderungen und Gegenforderungen der Ehegatten im Scheidungsprocess, beim Bevollmächtigten gegenüber dem Vollmachtgeber. Nach der Civilprocessordnung von 1847 fand eine weitere Ausdehnung statt, indem dieselbe die Widerklage mit einer klagbaren, connexen Gegenforderung zuliess. Nach der Praxis wurde eine solche Connexität vor Allem bei Verträgen angenommen, aus denen beiden Parteien Rechte erwuchsen; ferner hatte nach dem damaligen Art. 292 der Richter selbst C. vorzunehmen mit begründeter Gegenforderung gegenüber Geld und Schadensersatzansprüchen [1]. So machte das bernische Recht noch einmal merkwürdiger Weise den ganzen Entstehungsprocess fast bis zu Ende durch, wie seiner Zeit das römische, und sicherlich wäre die C. auch hier voll und ganz noch zum Durchbruch gekommen, wenn diesem selbstständigen Entwicklungsgange nicht die Einführung des O. Halt geboten hätte. Es wäre sicherlich einer rechtshistorischen Untersuchung werth, genauer darauf einzugehen, wie hier in Bern, trotz umliegender «compensirender» Kantone und Nachbarländer, das alte deutsche Recht erst spät und Schritt für Schritt das behauptete Terrain preisgab und mit einer Zähigkeit, die hier am wenigsten am Platze war, Rechtsgrundsätze behauptete, die dem lebhafteren

[1]) Nach König: Vorlesungen über bern. und schweiz. O.

Verkehre nur äusserst hinderlich sein konnten. — 2. *Luzern* (§§ 767—770 seines Gesetzbuches) verlangt ausser den gewöhnlichen Erfordernissen noch Liquidität, schliesst die C. aus mit auf Liegenschaften liegenden Hypothekarverschreibungen, gegenüber der Verpflichtung zur Rückgabe eigenmächtig entzogener, in Verwahrung gegebener Sachen, zum Ersatze geliehener, verbrauchbarer Sachen. 3. *Solothurn* (§§ 1476 und 1477) scheidet in seinem Gesetzbuch in eigenthümlicher und auffallender Weise: Bestehen beide Gegenforderungen in Geldsummen, so findet C. *nur auf* Begehren der einen oder andern Partei statt; sind aber die Forderungen «gerichtet auf ein bestimmtes Maass vertretbarer Sachen von gleicher Beschaffenheit», und fällig und klagbar, so tritt C. *ohne Zuthun* der Parteien ein. Bezüglich Geldforderungen ist noch eine Ausnahmebestimmung getroffen; Der Inhaber einer zinsbaren Forderung kann, sofern die Zinsbarkeit nicht erst durch Betreibung entstanden ist, dem Begehren des Schuldners auf C. mit seiner Gegenforderung gegenüber die C. verweigern, wenn er sich bereit erklärt, seine eigene Schuld zu bezahlen. Sieht man von dieser Ausnahme, die auf einer zu weit gehenden Billigkeit beruht, ganz ab, so darf man sich doch mit Recht wundern, wie einträchtig sich die zwei grundverschiedenen Ansichten über das ipso jure compensatur beisammen finden, und darf man sicherlich derartigen Bestimmungen den Vorwurf der Prinzipienlosigkeit machen. 4. Das *aargauische bürgerliche Gesetzbuch* befasst sich sehr kurz mit der Materie in § 845. «Forderungen, welche gegenseitig und verfallen sind, können durch Abrechnung getilgt werden».. Liquidität ist demnach nicht verlangt; es scheint aber die C. auf Geldforderungen beschränkt zu sein, weil das für andere Fälle nothwendige Requisit der Gleichartigkeit nicht aufgestellt ist. Nach Absatz 2 ist im Geltstag C. mit allen Forderungen, ohne Rücksicht auf Entstehung, Art und Form, zulässig; «gegen unter-

pfändlich versicherte Forderungen oder verschriebene Darlchen können nur Forderungen der gleichen Art und Form zur Abrechnung gebracht werden.»

c) Zürich und Kantone, welche das zürcherische Gesetzhuch zum Muster genommen haben. 1. Ausführlich ist die Materie behandelt im privatrechtlichen Gesetzbuch des Kantons *Zürich*, §§ 1049—1055. Es stellt in § 1049 die Erfordernisse der C. auf: Eine Forderung kann in der Regel auch durch Abrechnung mit einer Gegenforderung getilgt werden, sofern a) die nämliche Person in der Forderung als Gläubiger und Schuldner und in der Gegenforderung als Schuldner und Gläubiger erscheint; b) der Gegenstand der Forderung und Gegenforderung in vertretbaren Sachen gleicher Art, z, B. in beiden in einer Summe Geldes besteht; c) die Gegenforderung mindestens gleichzeitig mit der Forderung fällig ist. Das Requisit der Liquidität ist nicht angeführt und wird demnach nicht verlangt. Nach § 1053 ist eine Willensthätigkeit des Schuldners zur Durchführung der C. nöthig; ausnahmsweise versteht sich im Handelsverkehr, soweit die Uebung des Contocorrents reicht, die C. von selbst. Es schliesst sich § 1054 bezüglich der ipso jure Auffassung der herrschenden, gemeinrechtlichen Theorie an: «Es wird angenommen, die Gegenforderung sei nicht erst nach der ausdrücklich verlangten Abrechnung, sondern schon damals getilgt worden, als Forderung und Gegenforderung zuerst als fällige einander gegenüber standen.» Die Einwirkung dieser Rückziehung auf die Zinsen der Zwischenzeit wird ausdrücklich erwähnt: «Diese ... Aufhebung der Forderung durch C. wirkt daher auch auf die mit jener verbundene Zinsforderung». Im Concurse ist nach §§ 1050/1 C. auch mit nicht fälligen und solchen Forderungen, deren Erfüllung in natura nicht zu erlangen ist, in Höhe ihres Geldwerthes gegen Massaforderungen zulässig. Ausgeschlossen ist nach § 1055 die C. «gegen Forderungen einer öffentlichen Staats- oder Ge-

meindekasse auf Steuern oder gegen Forderungen, die im öffentlichen Rechte ihren Grund haben, ebenso gegen Schuldscheine auf den Inhaber. § 1105: Der Schuldner ist verpflichtet, den Inhalt der Schuldurkunde genau zu erfüllen, ohne Rücksicht auf seine anderweitigen Verhältnisse, sei es zu frühern Besitzern der Schuldurkunde, sei es zu dem gegenwärtigen Inhaber; auch diesem gegenüber ist die Einrede der Abrechnung nicht zulässig. § 1296 schliesst C. aus gegen Gesellschaftsforderungen mit einer Forderung an einen einzelnen Gesellschafter und § 1297 gegen Forderungen an die Gesellschaft mit Privatforderungen eines Gesellschafters an den Gesellschaftsgläubiger.

2. Das privatrechtliche Gesetzbuch von *Schaffhauseu* behandelt die C. in den §§ 983—989. Es verlangt neben den gewöhnlichen Erfordernissen auch keine Liquidität, und stellt es auf den Willen des Schuldners ab, dessen Erklärung verlangt wird, ob er C. will oder nicht, mit der Ausnahme, dass sich im Handelsverkehr, soweit Contocorrent, C. von selbst versteht. Für den Fall des Concurses lässt es das Requisit der Fälligkeit weg und gestattet auch C. mit Forderungen, deren Erfüllung in natura nicht erlangt werden kann. Für den Fall der Geltendmachung wird die Wirkung nach § 988 retrotrahirt, was auch auf die Zinsforderung einwirkt. Gegen Schuldscheine auf den Inhaber ist C. ausgeschlossen (§ 989). 3. Nach dem *bündnerischen Pvivatrecht*, § 368, wird ausser den gewöhnlichen Erfordernissen noch Liquidität verlangt. Die C. tritt aber nur ein, wenn sie vom Schuldner geltend gemacht wird, dann aber mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Compensabilität. Auch mit einer verjährten Forderung kann compensirt werden, falls die Verjährung erst nach dem Entstehen der eingeklagten Forderung eingetreten ist.

Die gegebenen Auszüge mögen genügen! Es ist eine bunte, ziemlich unerfreuliche Mosaik, die sich dargeboten;

es finden sich oft völlig ungenügende, zum Theil widersinnige Bestimmungen, die einer erfreulichen Rechtspflege auf diesem Gebiete nicht Grundlage geben konnten; es ist uns ein neuer Beweis gegeben, wie unvollständig und wie so gar nicht im Einklange mit dem wachsenden Verkehrsleben manche kantonale Gesetzesmaschine gearbeitet hat. — Ganz abgesehen von allen andern Differenzen, finden sich vor Allem zwei grosse und scharfe Gegensätze bei den verschiedenen Gesetzgebungen in Bezug auf die Behandlung unserer Materie: Die einen verlangen keine Liquidität, so Zürich, Schaffhausen, Aargau, Solothurn, die andern nur Liquidabilität, so Thurgau, Tessin, die andern wirkliche Liquidität, so Genf, Wallis, Freiburg, Graubünden; andererseits sind die welschen Kantone, auch Solothurn, vom französischen Rechte beeinflusst, sie lassen, wo sie eine C. überhaupt gestatten, dieselbe ohne Zuthun der Parteien, von Gesetzeswegen eintreten; die andern Kantone, unter dem Einfluss des gemeinen Rechts, verlangen eine Thätigkeit der Parteien, ohne welche die beiden Forderungen einander absolut unberührt lassen. So ist auch hier wieder ein Rechtsgebiet, wo man sich freuen darf, endlich eine einheitliche Regelung errungen zu haben; wo man mit Vergnügen, nicht mit Bedauern, auf die Ordnung der Materie vor 1883 als eine historische Erinnerung blicken darf!

§ 4.

3. Entstehung der Art. 131—139 des O.; zeitliches Geltungsgebiet.

Das schweizerische O., wie es seit dem 1. Januar 1883 in Kraft, ist die Frucht langjähriger Vorarbeiten; das ursprünglich gesteckte Ziel, ein einheitliches Handelsgesetzbuch zu schaffen, ist im Laufe der Zeit überschritten worden, ja die ursprüngliche Idee, für den Stand der Kaufleute ein eigenes Recht zu schaffen, hat sich im Festhalten an den demokratischen Grundsätzen, in die ent-

gegengesetzte verwandelt: «Keine Sonderstellung irgend eines Standes, Generalisirung der in andern Ländern nur für den Stand der Kaufleute oder für Handelsgeschäfte aufgestellten Bestimmungen». Der erste Entwurf von Munzinger, erschienen 1871, stützte sich vor Allem auf den sog. Dresdener Entwurf, der 1866 in Dresden von einer Commission verschiedener Delegirter deutscher Regierungen und Oesterreichs geschaffen worden war. Zwischen ihm und der jetzigen Fassung liegen einige weitere Entwürfe, so der von Fick, herausgegeben 1875, ein Commissionsentwurf, herausgegeben 1877, ein «Botschaftsentwurf» vom Bundesrath, vorgelegt 1879, und die Berathungen in den beiden Räthen haben selbst noch Manches geändert und neu hinzugefügt.

Auch die Bestimmungen über C. haben alle diese Wandlungen durchgemacht; diejenigen des ersten Entwurfes halten sich, wie eine Vergleichung leicht ergibt, an die entsprechenden Art. 362—370 des Dresdener Entwurfs, und ein Gegenüberstellen der jetzigen Fassung mit den verschiedenen Entwürfen zeigt nicht nur eine oft andere Stilisirung, andere Reihenfolge der Artikel, sondern ergibt auch, dass theils durch die Entwürfe, theils erst in den Berathungen der beiden Räthe Zusätze von bedeutender Tragweite aufgenommen worden sind. Es hätte wenig Werth, den Abschnitt über C., wie er sich in jedem Entwurfe gestaltet, hier wiederzugeben; es wird im Laufe der Darstellung da und dort Gelegenheit gegeben sein, die Entstehungsgeschichte dieses oder jenes Artikels zu berücksichtigen. Das jetzt geltende O. enthält seine Bestimmungen über C. im III. Titel: Erlöschen der Obligationen, II., Art. 131—139.

Bezüglich grundversicherter Forderungen, der Fragen, ob gegenüber einer grundversicherten Forderung mit einer gewöhnlichen und umgekehrt, ferner ob mit einer grundversicherten Forderung gegenüber einer andern grund-

versicherten compensirt werden dürfe, ist zu bemerken, dass sich nach Art. 130 dieses C.-Recht nicht nach O. beurtheilt, sondern nach dem kantonalen Rechte [1]). In diesem Sinne spricht sich ein Entscheid des Bundesgerichts vom 10. Juli 1886 aus [2]): «Die C. gegenüber dem Gläubiger einer Hypothekenforderung mit einer gewöhnlichen Forderung ist nach kantonalem Recht zu beurtheilen.» Nicht nur die speziellen Vorschriften, sondern auch die allgemeinen des O. (also die über C. 131—139) sind hier nicht anwendbar! Es ergibt sich übrigens aus der ganzen Natur unseres Hypothekarwesens, aus dem Anspruch auf öffentlichen Glauben der Hypothekenbücher etc., dass hier C. bezüglich ihrer Durchführung strengeren Vorschriften unterliegen muss, dass es vor Allem im Interesse des Hypothekenwesens liegt, wenn eine C. nur zulässig ist, falls die Gegenforderung auch in's Hypothekenbuch eingetragen ist [3]). Auf diesem Standpunkte steht auch Bern. Auf Grund des § 15 des Einführunggesetzes vom Dezember 1882 «Für Verträge, welche unter das kantonale Recht fallen, gilt das Bundesgesetz über das O. als ergänzendes Recht», sind die Bestimmungen über C. auch auf grundversicherte Forderungen anzuwenden; es sollen aber, «wenn auch das materielle Recht der C. sich nach O. richtet, doch solche Vorschriften unberührt bleiben› welche sich auf die Publicität der Hypothekarverhältnisse und die daraus entfliessenden rechtlichen Wirkungen beziehen. Hiernach würden zwar die Voraussetzungen der C. auch bei Hypothekarforderungen nach dem O. beurtheilt, dagegen würden die Fragen sich nach kantonalem Recht entscheiden, ob ein bezüglicher Eintrag im Grund-

---

[1]) Vgl. vorigen § z. B. Luzern, Aargau.
[2]) Journal des tribunaux, p. 465.
[3]) Seuffert's Archiv XXII, Nr. 25, und Entscheidungen des Reichsgerichts IV, Nr. 86, wonach C. nicht zulässig ist mit einer Forderung des cessus an den Cedenten gegenüber einer abgetretenen Hyp.-Forderung; es sei denn, dass die Gegenforderung in's Hypothekenbuch eingetragen ist.

buch zur Wahrung der C. überhaupt oder Dritten gegenüber erforderlich ist». Solche Eintragung ist denn auch nach bernischem Rechte nöthig[1]).

Es ist streitig geworden, ob bezüglich C. O. anwendbar sei, oder noch das alte kantonale Recht, wenn die beiden Forderungen vor dem 1. Januar 1883 entstanden sind. Ein Urtheil des aargauischen Obergerichts[2]) und ein weiteres Urtheil vom Kantonsgericht Schwyz[3]) verlangen, dass die C. hier nach kantonalem Rechte beurtheilt werde; sie stützen sich beide ohne weitere Motivirung auf Art. 882, 1 O. Im entgegengesetzten Sinne sprechen sich Schneider[4]) und Heuberger[5]) und auch ein eingehend motivirtes Urtheil des bernischen App.- und Cass.-Hofs (Plenum) aus[6]). Nach O. 882, 3 beurtheilt sich der Untergang von Forderungen, die schon vor dem 1. Januar 1883 entstanden sind, nach O., wenn diese Thatsache des Untergangs nach jenem Tage eingetreten ist. Die Erlöschungsthatsache ist aber bei C. nicht das Gegenüberstehen der beiden Forderungen vor dem 1. Januar, sondern das Erkennengeben des C.-Willens (Art. 138 O.) von Seite des Compensirenden. Geschieht dieses nach jenem Tage, so beurtheilt sich demnach die C. nach O. (vgl. vor Allem die weitern Ausführungen jenes zuletzt angeführten Entscheides).

Anders ist es, wenn die Forderung vor dem 1. Jan. 1883 an eine dritte Person abgetreten worden ist und vor jenem Tage auch die Cession denunzirt wurde. Nach O. 189 hat der Cessus dem Cessionar gegenüber alle Einreden, die ihm zur Zeit der Denunziation gegen den Cedenten zustanden, also in unserm Falle alle diejenigen,

---

1) Entscheid vom 31. Jan. 1885. Plenarsitzung des App.- und Cass.-Hof. Zeitschrift des bern. Juristenvereins XXI, p. 332 ff.
2) Vom 5. Sept. 1883. Revue I, Nr. 30.
3) Vom 31. Jan. 1884. Revue II, Nr. 70.
4) In der Zeitschrift für schweiz. Recht. Neue F. IV. p. 359.
5) „Die zeitlichen Grenzen der Wirksamkeit des O.", p. 63.
6) Vom 31. Jan. 1885. Revue III, Nr. 128, vollständig in Zeit schrift des bern. Juristenvereins a. a. O.

die ihm das damals geltende kantonale Recht gab; gehörte die C.-Einrede damals nicht dazu, kann er sie auch unter der Herrschaft des neuen Rechts nicht mehr geltend machen.

II. Theil.

Dogmatische Darstellung.

Vorbemerkung.

Mit der Geld- und Creditwirthschaft ist eine grosse Mannigfaltigkeit der Forderungsverhältnisse vorhanden, und das Bedürfniss, dieselben um des Verkehres willen so viel als möglich zu vereinfachen. Eine solche Vereinfachung liegt in der C. Dass dieselbe nicht im Wesen der sich gegenüberstehenden Forderungen begründet ist, ist schon oben bemerkt worden; sie findet ihren Grund in dem praktischen Bedürfniss, in dem Streben nach Vereinfachung und Leichtigkeit des Verkehrs. Ihre erste Anwendung geschieht durch Vertrag, d. h. der sich einigende Wille zweier Parteien führt sie zuerst ein. Einmal aber gefunden und in Nützlichkeit erprobt, breitet sich die Neuerung rasch aus, und der Gedanke fasst Wurzel, dass etwas so allgemein Nützliches im Interesse Aller nicht durch das Nichtwollen des Einen oder Andern im einzelnen Falle verunmöglicht werden soll. Und hier greift das Gesetz ein und zwingt nun im Interesse Aller den Einzelnen. So gelangt man zum Gegensatze von vertragsmässiger und gesetzlicher (i. e. S.) C. Bei ersterer bringt die Willenseinigung zweier Parteien die Wirkung hervor, bei letzterer gibt das Gesetz dem Einen das Recht, diese Wirkung einem Andern gegenüber auch wider dessen Willen zu erzwingen. Nur diese einseitige C. (compensatio necessaria), von Lehrern des gemeinen Rechts auch richterliche genannt, welcher Ausdruck für

O. absolut nicht passt[1]), ist Gegenstand spezieller, gesetzlicher Bestimmungen; die vertragsmässige C. und der C.-Vertrag u. s. w. richtet sich immer nach den allgemeinen Vorschriften über Verträge überhaupt. Demgemäss theilt sich die folgende Darstellung von selbst in diejenige über die gesetzliche, die einseitige C. und diejenige über den C.-Vertrag.

A. Die gesetzliche, einseitige Compensation.

I. Abschnitt.

Die Voraussetzungen.

Es ist einleuchtend, dass wenn ein Gesetz aus Billigkeitsrücksichten dem Schuldner seinem Gläubiger gegenüber ein Recht geben will, es auf der andern Seite die Person des Gläubigers nicht zu hart bedrücken darf: dass es nicht dem Einen zu viel gibt, dem Andern ungerecht fast Alles nimmt. Soll daher ein der æquitas entsprungenes Institut die erwarteten Hoffnungen nicht täuschen und die gewünschten Erfolge haben, so muss es sich innert ganz bestimmter Grenzen halten und darf dieselben nicht überschreiten, ohne sofort Gefahr zu laufen, in das Umgekehrte, in ein Institut der Ungerechtigkeit, sich zu verwandeln. Diese Grenzen hat das röm. Recht auch bei der C. innegehalten und daher gewisse Voraussetzungen derselben geschaffen, die sich logischer Weise immer ergeben müssen; die im Gegentheil als fast selbstverständlich erscheinen, wenn man den Endzweck der C. immer im Auge behält. Es ist daher auch begreiflich, wenn neuere Gesetzgebungen hierin fast nichts geändert haben.

a) Nach der subjektiven Seite.

§ 5.

Gegenseitigkeit der Forderungen.

Das corpus juris gibt eine Begründung der C. in dem Satze: «dolo facit qui petit quod redditurus est», und die

---

[1]) Siehe unten § 18.

gesetzliche, einseitige C. will dieser Unbilligkeit begegnen. Natürliche Folge ist also, dass da, wo eine solche Unbilligkeit nicht mehr vorhanden, auch kein Grund gegeben ist zur «Verrechnung», wenigstens zur zwangsweise einseitigen; dies ist aber überall da der Fall, wo der Schuldner nicht zugleich Gläubiger seines Gläubigers ist, positiv ausgedrückt: Erforderniss der C. ist Gegenseitigkeit der Gläubiger- und Schuldnerqualität, Gegenseitigkeit der Forderungen; der Gläubiger der einen Forderung muss zugleich auch persönlicher Schuldner der andern sein und umgekehrt, der Gläubiger dieser Forderung muss persönlicher Schuldner jener sein. Nur die Kehrseite dieses Satzes, sein Negativ, ist daher der andere: Der Schuldner kann nicht compensiren mit Forderungen eines Dritten [1]. Es ist ja richtig, dass die C. auch auf dem Gedanken beruht, «dass es dem Gläubiger gleichgültig sein muss, ob er eine Zahlung erhält oder von einer gleichartigen Forderung gleichen Betrages liberirt wird,» und dass nach Eisele [2]) nun für die rein abstrakte Consequenz der Sprung nicht zu weit wäre, zu sagen: «Was verschlägt es nun dem Kläger, ob die Forderung an ihn, von der er nur liberirt wird, dem Beklagten Y. oder einem Andern, z. B. dem Z. zusteht», aber praktisch wäre eine solche Ausdehnung ein reines Unding, das man sofort verwerfen muss, wenn man die Durchführung wirklich versuchen wollte. Wer im Verkehre steht, ist geradezu gezwungen, Schulden zu contrahiren, und es würde einem solchen unter jenen Umständen zur reinen Unmöglichkeit werden, irgend eine Forderung einzuklagen oder für eine eingeklagte und anerkannte, thatsächliche Befriedigung zu erlangen. Wie wäre der Processsucht und der Chikane Thür und Thor geöffnet! — Es stehen daher auch alle modernen Gesetze auf dem Standpunkte des

---

[1]) l. 9 C. h. t. 4, 31: Ejus quod non ei debetur qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest.

[2]) a. a. O. 249.

röm. Rechts, nur haben sie eine positive Fassung jenes Gedankens gewählt: Preuss. allg. Landrecht: Theil I. tit. XVI, § 302: Nur auf das, was Jemand für sich selbst zu fordern hat, kann das, was er einem Andern schuldet, abgerechnet werden; Code civil, art. 1289: Lorsque deux personnes se trouvent débitrices *l'une envers l'autre;* ital. Codice civile, art. 1285: Quando due sono debitori *l'uno verso l'altro*[1]) . . .; und O., Art. 131: Wenn zwei Personen *einander* Geldsummen .... schulden...

Das röm. Recht schliesst die C. mit der Forderung eines Dritten auch dann aus, wenn dieser Dritte, damit einverstanden, sie dem Schuldner zur C. überlässt[2]). Ueber die Bedeutung dieser Stelle für das heutige gemeine Recht herrscht Streit. Dernburg[3]) verwirft deren Aufrechthaltung aus historischen und praktischen Gründen: Die Cession geschehe heutzutage völlig formlos; es könne also der Schuldner einfach sich die Forderung eines Dritten cediren lassen, damit sie zu seiner eigenen machen und nun zur C. verwenden; warum wolle man nun im Festhalten jener Stelle die Parteien zu einem unnöthigen Formalismus, zu dem Ausdruck Cession zwingen, und nicht lieber, mit Fallenlassen jener lex, annehmen, dass in der Ueberlassung einer Forderung von Seiten eines Dritten zur C. geradezu eine stillschweigende Cession liege! Wie stellt sich O. zu dieser Frage? Es enthält nirgends eine diesbezügliche, positive Bestimmung, bindet auch die Cession an keine bestimmte Form (Art. 184), dennoch aber dürfte die Dernburg'sche Meinung hier zu verwerfen sein. Einmal fordert Art. 131

---

¹) Es mag hier die Bemerkung Platz finden, dass der Codice civile, der in lib. III, sez. IV, art. 1285—1295 die C. behandelt, hier zum grössten Theil eine wörtliche Uebersetzung der entsprechenden Bestimmungen des Code civil ist, so dass in Zukunft eine einfache Anführung der §§ genügend erscheint.

²) Papinian in l. 18, § 1. D. h. t. 16, 2: Creditor compensare non cogitur quod alii quam debitori suo debet, quamvis creditor ejus pro eo, qui convenitur ob debitum proprium, velit compensare.

³) a. a. O. 378 ff.

so entschieden die Gegenseitigkeit, dass damit unbedingt die C. mit der Forderung eines Dritten, mag dieser damit einverstanden sein oder nicht, ausgeschlossen ist; dann aber ist nicht richtig, dass in der Ueberlassung zur C. schon eine Cession der Forderung liegt und zu einer derartigen Präsumption ist kein Grund vorhanden. Es bedürfte dies für jeden speciellen Fall des Beweises von Seiten des Compensirenden! Ja, man kann weiter gehen und sogar auf Grund des Art. 131, der C. auch mit Einwilligung eines Dritten ausschliesst, diese Cession selbst als eine simulirte angreifen, als eine solche, womit nur ein in Art. 131 liegendes Verbot umgangen werden soll. Man denke sich auch die praktischen Consequenzen der Meinung Dernburg's, von der er selbst zugibt, sie möge sehr Anstoss erregen: Der Beklagte könnte mitten im Processe noch durch eine solche Ueberlassung zur C. dem Kläger den Erfolg seiner Mühen vereiteln [1])!

Nach heutigem Rechte, auch nach O. [2]) wird der Vertreter (Mandatar, Geschäftsreisender, Handelsbevollmächtigter, Procurist), der als solcher contrahirt, nicht selbst verpflichtet, sondern der Vertretene. Es folgt demnach aus dem Erforderniss der Gegenseitigkeit, dass hier der Forderung des Vertretenen gegenüber der Dritte sich nicht auf C. mit Gegenforderungen an den Vertreter berufen kann. Bezüglich des Procuristen, der belangt wird aus

---

[1]) So auch ein Urtheil des Reichsgerichts. E. d. R.-G. X, Nr. 12: Wurde der Beklagte ermächtigt, die Forderung (des Dritten) aufzurechnen, so heisst das, es wurde die Genehmigung dazu ertheilt, die Forderung, welche dem Beklagten für seine Person nicht zustand, und die auch Forderung der Handlung blieb (des Dritten), durch C. für sich zu verwerthen. Die Ermächtigung der Gesellschaft ... über ihre Aktiven zu verfügen, vermag nicht mehr zu bewirken, als dass von jener Seite kein rechtliches Hinderniss im Wege stand, jene Gegenforderung auf dem bezeichneten Wege für Rechnung des Beklagten zu verwerthen. Freiwillig konnte der Kläger hierauf eingehen durch C.-Vertrag, braucht sich aber nicht darauf einzulassen, wenn der Beklagte die Gegenforderung eines Dritten auch mit dessen Ermächtigung aufrechnen will.

[2]) Art. 36.

eigenen Schulden und nun mit Forderungen des Principals compensiren will, lässt Dernburg [1]) mit Bezug auf D.H.G.B., Art. 42 [2]) dies für den Fall zu, dass er es im Interesse des Geschäftes thut. Diese Ansicht ist nicht zu acceptiren, auch für O. nicht; sie wäre im direkten Widerspruche mit Art. 131, der auch hier keine Ausnahme von dem Erforderniss der Gegenseitigkeit zulässt. Eine ganz andere Stellung nimmt hier der Commissionär ein, da er wohl Geschäfte eines andern Beauftragenden macht, sie aber in eigenem Namen abschliesst; er ist der allein Berechtigte und Verpflichtete. Es ist daher durchaus statthaft, dass der Dritte, gegen den er für den Committenten Forderungen erwirbt, diesem gegenüber mit eigenen Schulden des Commissionärs compensiren kann, und dass dieser gegenüber Forderungen eines Dritten aus einem Commissionsgeschäft seine eigenen Forderungen an denselben verrechnen darf.

Einer besondern Betrachtung bedarf das Verhältniss der Solidarität. Das röm. Recht behandelt nur den Fall der passiven Correalität. Aus lex 10 D. de correis [3]) ergibt sich, dass der Correalschuldner mit der Forderung desjenigen Mitschuldners compensiren darf, der mit ihm in Societät steht, weil er gegen denselben Regress hat [4]). Ob nach röm. Recht bei aktiver Correalobligation der Schuldner dem einen Gläubiger gegenüber seine Gegenforderung an den andern Gläubiger compensando geltend machen darf, ist zweifelhaft, da keine Quellenentscheidung vorliegt. Gemeinrechtlich ist die C. auch hier auf Grund der Analogie für den Fall, dass die Gläubiger Gesellschafter sind, gestattet [5]). Grosse Verschiedenheit herrscht

---

[1]) a. a. O. 386.

[2]) Entspricht O. 422, 423 und gibt den Kreis der Befugnisse eines Procuristen an.

[3]) Si duo rei promittendi socii non sunt, non proderit alteri, quod alteri pecuniam debet.

[4]) Vgl. Baron, § 265, II, 2.

[5]) Windscheid II, § 350, An. 20, Dernburg a. a. O. 464, Eisele a. a. O. 304, siehe dort die Gegner dieser Ansicht.

unter der neuern Gesetzgebung. a) A. Pr. L.-R. § 306 schliesst die C. bei passiver Correalität aus; wenn § 307 die C. hier zulässt, falls der andere Correalschuldner rechtzeitig abgetreten hat, so ist dies keine Ausnahme, sondern nur der regelmässige Fall der C. Ganz entschieden schliesst Code civil hier die C. aus, Art. 1294, 3: Le débiteur solidaire ne peut pareillement opposer la compensation de ce que le créancier doit à son débiteur. Trotzdem lässt die französische Praxis, diese Bestimmung enger fassend, C. zu, wenn der Mitschuldner regresspflichtig ist [1]). Jedenfalls hat diese Anschauung Platz gegriffen im ital. Codice civile. Art. 1290, 3 übersetzt wörtlich den französischen Text: .... non puo invocare la compensazione di quanto dal creditore è devuto al suo condebitore, fügt aber hinzu: se non sino alla concorrenza della parte dello stesso condebitore. b) Bei aktiver Correalität bestimmt a. Pr. L.-R. a. a. O. § 303: «Gegen eine theilbare Forderung, welche mehreren gemeinschaftlich zusteht, kann das, was einer oder der andere von ihnen schuldig ist, jedoch nur auf dessen Antheil, abgerechnet werden [2]).» Im französischen Rechte, wo keine gesetzliche Bestimmung vorhanden, ist die Frage streitig. Sowohl bei aktiver, als bei passiver Correalität hatte der Dresdener Entwurf Art. 369 die C. ausgeschlossen [3]).

Es frägt sich, wie sich O. zu diesem Falle verhält. Vogt [4]) spricht sich dahin aus: ..... «Dagegen ist das Bundesgesetz an den Schwierigkeiten der Lehre (des C.) vorübergegangen. Es lag doch nahe, bei 142 (jetzt 134) die Frage zu ordnen, ob auch ein Solidarschuldner —

---

[1]) Dernburg 465, Anm. 2.

[2]) Das Nähere bei Dernburg p. 467.

[3]) „Der Schuldner kann die ihm gegen einen Gesammtgläubiger zustehende Gegenforderung einem andern Gesammtgläubiger nicht verrechnen. Auch kann ein Gesammtschuldner die einem andern Gesammtschuldner gegen den Gläubiger zustehende Gegenforderung dem Letztern nicht aufrechnen.

[4]) „Zur Einbürgerung des O., besonders im Kanton Bern", p. 80, 81.

wenigstens soweit er Regress gegen einen Solidarschuldner hat — dessen Gegenforderung an den Gläubiger verrechnen könne, O. begnügt sich aber mit der Reproduktion des Art. 121 D. H. G. B. in 581 (jetzt 571), der, von C. in Societätssachen handelnd, die Hauptfrage nicht löst. Man kann die Bejahung aus Art. 134 (jetzt 126) herleiten, aber mit grosser Mühe..., allein der Schluss ist durchaus nicht sicher und warum eine solche, alltägliche Frage nicht mit ja oder nein im Gesetze entscheiden?» Dieser Meinung kann nicht beigetreten werden. Vorerst ist die versuchte Lösung aus Art. 126 unverständlich: «A, B, C sind correi debendi des X für 900. C hat Gegenforderung von 300 an X, als dieser den A belangt. Dieser A muss X seine Forderung abtreten; sie ist nun mit der Gegenforderung des C behaftet, durch sie gemindert bei der Geltendmachung durch X. Das gleiche Verfahren, dem man durch die æquitas der C. begegnet ist, anstatt zweier Zahlungen gar keine zu machen, wiederholt sich auch hier». Die Lösung ist aber auch unrichtig. Art. 131 verlangt Gegenseitigkeit der Gläubiger- und Schuldnerqualität; hätte das Gesetz hier eine Ausnahme gestatten wollen, so müsste das ausdrücklich gesagt sein, was aber nirgends der Fall ist. Im Gegentheil spricht sich Art. 164 deutlich genug aus, da er dem belangten Correalschuldner nur solche Einreden gibt, die aus seinem persönlichen Verhältnisse zum Gläubiger (also C. mit eigenen Gegenforderungen) und aus dem gemeinsamen Entstehungsgrunde oder Inhalt der solidarischen Verbindlichkeit hervorgehen (also C., wenn dieselbe aus solchem Grunde allen gemeinsam zusteht). Es ist somit C. mit einer einem andern Mitschuldner zustehenden Forderung schlechthin ausgeschlossen, ohne Rücksichtnahme auf das innere Verhältniss der correi, auf allfällige Regressverpflichtung [1]).

---

[1]) So auch Schneider und Fick, Anm. 1 zu Art. 164, Haberstich, Hdb. I, p. 271, König in seinen Vorlesungen.

In gleicher Weise ist die Frage bezüglich C. bei aktiver Correalität zu entscheiden. Wir halten diesen Standpunkt für den richtigen: Es fehlt in beiden Fällen völlig an dem Requisite der Gegenseitigkeit, und ein internes Rechtsverhältniss, wie das der Regresspflicht, kann nach aussen hin doch nicht die Wirkung haben, jenen Mangel zu ersetzen.

Es braucht wohl kaum hervorgehoben zu werden, dass eine von einem Gesammtschuldner dem Gläubiger gegenüber geschehene C. auch für die übrigen Gesammtschuldner und eine von dem Schuldner einem Gesammtgläubiger gegenüber geschehene C. auch gegenüber den übrigen Gesammtgläubigern wirkt. Zum Ueberfluss hat dies hervorgehoben Art. 373 des Dresdener Entwurfs und für die passive Correalität Art. 166, 1 O.[1])

§ 6.

C. bei Gesellschaftsverhältnissen.

Sehr wichtig gestalten sich die C.-Fragen bei Gesellschaftsverhältnissen; ihre Beantwortung hat an dieser Stelle zu geschehen, weil sie sich aus dem Princip der Gegenseitigkeit der Forderungen ergibt und die diesbezüglichen Bestimmungen nicht als Ausnahmen aufzufassen sind.

I. Bei der *einfachen Gesellschaft* O. 524—551 kann der einzelne Gesellschafter für Rechnung der Gesellschaft, aber in eigenem Namen Rechte erwerben oder sich verpflichten oder er kann als Stellvertreter auftreten 543; überall ist von einer juristischen Person nicht die Rede, es werden nur die einzelnen Gesellschafter berechtigt und verpflichtet und *soweit* sie dies sind, ist überall die Möglichkeit gegeben, mit ihren eigenen Privatforderungen und Privatschulden zu compensiren. Was Solidarität und

[1]) „Soweit ein Solidarschuldner durch Zahlung oder Verrechnung den Gläubiger befriedigt hat, werden auch die Uebrigen befreit."

Regressrecht der einzelnen Mitglieder anbelangt, ist auf die Ausführungen im vorigen Paragraphen zu verweisen.

II. Schwieriger gestalten sich die Verhältnisse bei der Collectivgesellschaft. Um die hier sich erzeigenden Fragen bezüglich C. lösen zu können, ist Stellungnahme in der Streitfrage über die Natur derselben nöthig, und wir stehen nicht an, sie weder als sog. relativ juristische Person (ein solches Gebilde, nach aussen juristische Person, nach innen Societät, ist ein Unding) noch als rein juristische Person aufzufassen, sondern als Societät. Gegen die juristische Persönlichkeit spricht vor Allem ein gewichtiger Umstand: die jur. P. erscheint als alleiniges Rechtssubjekt und ihre vermögensrechtlichen Beziehungen sind niemals diejenigen ihrer Mitglieder. Demnach sind ihre Schulden (passive Seite ihrer Vermögensfähigkeit) niemals diejenigen der von ihr losgelösten Mitglieder und nur sie haftet dafür. Bei der Collectivgesellschaft aber bestimmt Art. 564 O.: «Die Gesellschafter haften für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen.» In dieser Bestimmung liegt die ausdrückliche Negation der juristischen Persönlichkeit. Das sog. «Gesellschaftsvermögen» ist aufzufassen als ein durch Einlagen der Mitglieder aus ihrem Privatvermögen gebildeter Handelsfond, welcher ausdrücklich für die Gesellschaftszwecke verwendet werden soll, und obwohl Jeder am Vermögen pars pro indiviso hat, es kein fremdes geworden ist, ist doch, um jenes Ziel zu erreichen, den Mitgliedern die freie Disposition darüber völlig entzogen. Alles was die Gesellschaft erwirbt, ist Eigenthum der Mitglieder, wenn auch sehr beschränktes; alle Schulden der Gesellschaft sind Schulden der Gesellschafter, zu deren Befriedigung primär dann das sog. Gesellschaftsvermögen verwendet wird. Diese kurzen Ausführungen gestatten uns, in den folgenden C.-Fällen Stellung zu nehmen:

a) Ist die Gesellschaft, d. h. die Gesammtheit der Mitglieder unter einer Firma vereinigt, Schuldnerin geworden, so kann sie selbstverständlich compensiren mit eigenen Gegenforderungen; andererseits steht ihr aber der herrschenden Meinung nach in der Regel nicht zu, Privatforderungen eines Gesellschafters zur C. zu verwenden. Laband [1]) lässt hier C. zu, wenn der Gesellschafter seine Forderung cedirt oder, wenn er selbst Vertreter der Gesellschaft ist, genüge dazu die blosse Erklärung, dass er in die C. willige. Dernburg [2]) will hier C. für den Fall zulassen, dass der Gesellschafter seine Einwilligung gibt. Abgesehen von dem Falle einer wirklichen Cession müssen wir u. E. C. hier schlechthin ausschliessen. Der Vertreter, welcher keine Privatgegenforderung hat, kann nicht compensiren mit Forderungen eines Gesellschafters, weil ihm für Gesellschaftszwecke nur das Gesellschaftsvermögen, nicht aber die Privatforderung eines Mitgliedes zusteht; auch dann nicht, wenn letzterer seine Einwilligung gibt, weil blosse Einwilligung noch keine Cession (an die Gesellschaft, in's Gesellschaftsvermögen) ist (vgl. oben). Der Vertreter, welcher eine Privatgegenforderung hat, kann nicht compensiren, weil hier der Gläubiger nicht ihn, sondern die Gesammtheit, die er vertritt, das Gesellschaftsvermögen, belangt.

b) Der Gesellschafter, belangt für seine Privatschuld, kann compensiren mit eigenen Gegenforderungen; ob auch mit solchen der Gesellschaft, ist nach D. H. G. B. bestritten. Laband [3]) lässt die C. zu, sobald er von der Vertretung nicht ausgeschlossen ist; alsdann müsse sich der Dritte gefallen lassen, von ihm Quittung über die erloschene Gesellschaftsforderung zu erhalten. v. Hahn [4]) kommt auf anderem Wege zum gleichen Resultate: Der

[1]) Zeitschrift f. das gesammte Handelsrecht von Goldschmid XXXI, p. 16 ff.
[2]) p. 447 Nr. 1 und Anm. 2.
[3]) a. a. O.
[4]) Commentar zum D. H. G. B. p. 430.

zur Vertretung Berechtigte könne die Gesellschaftsforderung an sich selbst cediren; da die Cession gemeinrechtlich formlos, also auch stillschweigend erfolgen könne, so liege in der C.-Erklärung eine solche. Das Reichsgericht [1]) ist anderer Ansicht: Es lässt die C. selbst dann nicht zu, wenn die Gesellschaft die Ermächtigung dazu gab; der Gesellschafter könne die C. mit einer Gesellschaftsforderung ebensowenig erzwingen, wie die C. mit der Forderung eines Dritten. — Positiv schliesst O. Art. 571, 2 eine derartige C. aus: «Ebensowenig kann ein Gesellschafter gegenüber seinem Gläubiger eine Forderung der Gesellschaft verrechnen.» Diese Bestimmung scheint uns völlig erklärlich aus der eigenthümlichen Natur des Gesellschaftsvermögens, das völlig der Disposition des Einzelnen zu Privatzwecken entzogen ist.

Bezüglich der Haftung der einzelnen Mitglieder für Gesellschaftsschulden gehen D. H. G. B. und O. auseinander; nach ersterem [2]) hat der Gesellschaftsgläubiger die Wahl, für eine Befriedigung sich sofort an das einzelne Mitglied oder an die Gesellschaft selbst zu halten; nach letzterem haften die Gesellschafter nur subsidiär, sie dürfen [3]) erst dann belangt werden, wenn die Gesellschaft aufgelöst oder erfolglos betrieben worden ist. Belangt nun der Gläubiger nach deutschem Recht für seine Forderung an die Gesellschaft einen Gesellschafter, so hat dieser das Recht, dieser seiner Schuld — denn sie ist nicht nur Gesellschafts-, sondern auch seine eigene Schuld — Privatforderungen zur C. gegenüber zu stellen. Dieser Fall ist nach O. undenkbar, da der einzelne Gesellschafter den Kläger auf Grund des Art. 564. 3 zurückweisen kann; ist aber die Gesellschaft aufgelöst oder erfolglos betrieben worden, so tritt die Haftung des einzelnen Mitgliedes in volle Kraft; er wird sofort persönlicher Schuldner des

[1]) E. d. R.-G. X, Nr. 12.
[2]) Art. 112.
[3]) Nach Art. 564, 3.

Gesellschaftsgläubigers und, belangt auf seine Schuld, entspringend dem Gesellschaftsverhältniss, kann er mit seiner Privatforderung compensiren [1]). Ferner kann er, soweit ihm bei einer Auflösung Guthaben der Gesellschaft an jenen Gläubiger zugekommen sind, auch damit compensiren.

c) Der Gesellschaftsschuldner kann compensiren mit Gegenforderungen an die Gesellschaft, nicht aber mit Privatforderungen an einen Gesellschafter; gesetzlich bestimmt ist dies in Art. 121 D. H. G. B. und Art. 571, 1 O. Nach unserer Auffassung findet diese Bestimmung ebenfalls ihre Erklärung in der Natur des Gesellschaftsvermögens.

d) Der Privatschuldner eines Gesellschafters kann compensiren mit Gegenforderungen an diesen, nach D. H. G. B. nach der Auffassung Dernburg's [2]) auch mit allfälligen Forderungen an die Gesellschaft, weil der einzelne Gesellschafter dafür von Anfang an hafte, sie also zugleich eine Privatschuld des Einzelnen sei, deren Erfüllung er sofort verlangen könnte. Für O. ist dies letztere per argumentum e contrario auf Grund Art. 571, 3 entschieden zu verneinen; eine C. ist hier nur zulässig, wenn die Voraussetzungen des schon angeführten Art. 564, 3 vorliegen. In diesen Fällen steht der Gesellschafter nach O. in gleichem Verhältniss zum Gesellschaftsgläubiger, wie nach D. H. G. B. überhaupt; er ist persönlicher Schuldner geworden und eine C. demnach nur der Regel entsprechend. Die Anhänger der Ansicht, die Collectivgesellschaft sei eine juristische Person, müssen zur gleichen Ansicht gelangen in all' diesen Fällen. Ihrer Meinung nach fehlt es ja vollständig an dem Requisite der Gegenseitigkeit. Zum gleichen Grunde

---

[1]) Schneider und Fick, Anm. zu Art. 571 a. E. und ein Urtheil des aargauischen Obergerichts vom 29. April 1884, in Zeitschr. d. bern. Juristenvereins XXI, pag. 71.

[2]) p. 447 und An. 3.

werden Diejenigen greifen, welche der Theorie der sog. relativ-juristischen Person huldigen.

III. Sämmtliche Ausführungen über die C. bei der Collectivgesellschaft sind auf die *Commanditgesellschaft* anwendbar [1]). Ausdrücklich bestimmt noch Art. 607, 2: «Es kann jedoch ein Gesellschaftsgläubiger, welcher gleichzeitig Privatschuldner des Commanditärs ist, diesem gegenüber eine Verrechnung nur verlangen, wenn die Voraussetzungen des Art. 603, 2 vorliegen,» d h. wenn die Gesellschaft in anderer Weise als durch Concurs aufgelöst ist, und der Commanditär noch nicht seine ganze Summe eingezahlt oder wieder zurückgezogen hat. Ganz natürlich; denn nur in diesen Fällen ist er bezüglich einer gewesenen Gesellschaftsschuld persönlicher Schuldner des Gesellschaftsgläubigers geworden und kann von diesem belangt werden; letzterer muss also, Art. 131 entsprechend, das C.-Recht haben, wenn der Commanditär ihn für eine Forderung belangt.

IV. Bei der *Actiengesellschaft* gestalten sich die Verhältnisse sehr einfach. Sie ist vom Gesetze als juristische Person anerkannt, ihre Vermögensverhältnisse sind vollständig getrennt von denjenigen der Actionäre; ihre Forderungen resp. Schulden und diejenigen der einzelnen Actionäre berühren einander gar nicht. Eine C. von Seite eines Gesellschaftsschuldners der Gesellschaft gegenüber mit Forderungen an einen einzelnen Actionär ist unmöglich, selbst für den Fall des Concurses, C. zwischen Forderungen der Gesellschaft und Schulden derselben an einen Actionär nach Art. 131 sehr wohl denkbar. Ueber die von O. Art. 136 geregelte Frage der C. im Concurse der Gesellschaft mit rückständigen Einlagen, siehe Abschnitt II, § 14.

V. Die *Genossenschaft* ist ebenfalls eine juristische Person O. 678; ihre Vermögensverhältnisse und diejenigen

[1]) Bezüglich der gesetzlichen Bestimmungen schreiben dies vor D. H. G. B. Art. 169 und O. Art. 607.

ihrer Mitglieder sind unabhängig von einander. Bezüglich der C. bestimmt das deutsche Genossenschaftsgesetz § 15: «Eine C. zwischen Forderungen der Genossenschaft und Privatforderungen des Genossenschaftsschuldners gegen einen Genossenschafter findet während der Dauer der Genossenschaft weder ganz noch theilweise statt. Nach Auflösung der Genossenschaft ist sie zulässig, wenn und insoweit die Genossenschaftsforderung dem Genossenschafter bei der Auseinandersetzung überwiesen ist.» Dies muss auch für O. gelten, obgleich dasselbe keine diesbezügliche Bestimmung getroffen hat. Soweit der Genossenschafter haftet — es kann dies nach O. 688 ganz ausgeschlossen sein —, haftet er nur subsidiär solidarisch und kann erst nach dem Concurs der Genossenschaft für den nicht erhaltenen Theil der Forderung belangt werden (O. 689); dass ihm dann das C.-Recht mit eigenen Privatforderungen zusteht, ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen.

§ 7.

Modificationen des Grundsatzes.

a) *Bei der Bürgschaft.* Schon das römische Recht hat dem Bürgen das Recht gegeben, mit der Gegenforderung des Hauptschuldners dem Gläubiger gegenüber zu compensiren, obwohl es hier offenbar an dem Requisite der Gegenseitigkeit fehlt [1]. Erklärt wird diese Bestimmung durch das dem Bürgen gegebene Regressrecht [2] und durch die accessorische Natur der Bürgschaft überhaupt, die auch dann nicht untergeht, wenn der Bürge sich als Selbstschuldner verpflichtet, da er damit nur auf das Recht der Vorausklage verzichtet. Der Bürge haftet in der Regel nur so, wie der Hauptschuldner; die Consequenz davon ist, dass ihm regelmässig auch dessen Einreden zustehen (ausgenommen die höchst persönlichen)

---

[1] l. 4, l. 5 D. h. t. 16, 2.
[2] Dernburg 458; Eisele 298; Baron § 265.

und zwar kraft eigenen Rechts, so dass selbst ein Verzicht des Hauptschuldners darauf sie dem Bürgen nicht zu entziehen vermag. — Die modernen Gesetze haben diese Vorschrift des röm. Rechts allgemein angenommen: a. Pr. L.-R. § 328: Der Bürge kann, ausser seinen eigenen Forderungen, aufrechnen, was der Hauptschuldner vermöge der Gesetze hätte aufrechnen können. Code civil Art. 1294, 1: La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal; ebenso Codice civile Art. 1290, 1. Hier erklärt sich freilich die Bestimmung bei der Bürgschaft auf andere Weise: Das französische (auch das italienische) Recht lässt die C. von Gesetzeswegen eintreten, sobald die Erfordernisse beiderseits vorhanden sind, ohne Zuthun der Parteien [1]. Ist also der Gläubiger Schuldner seines Schuldners geworden, so ist seine Forderung, wenn beide gleich gross, getilgt, wenn grösser, doch um jene Gegenforderung kleiner; ohne Hauptschuld aber ersternfalls keine Bürgschaft mehr und in beiden Fällen «kann sich der Bürge auf C. berufen, wie er sich hätte auf Zahlung berufen können [2].»

O. bestimmt in Art. 134: «Der Bürge kann seine Schuld mit Forderungen, welche dem Hauptschuldner gegen den Gläubiger zustehen, verrechnen.» Es ist hiermit dem Bürgen ein Recht, keine Pflicht gegeben; will er sich aber sein Regressrecht wahren, O. 505, so ist er geradezu verpflichtet, mit ihm bekannten Gegenforderungen des Hauptschuldners zu compensiren. Freilich ist mit Dernburg [3] festzustellen, dass man dem Bürgen nicht zumuthen kann, falls die von ihm vorgebrachte Gegenforderung des Hauptschuldners streitig ist, darüber eventuell einen langen Process zu führen; er wird sich davon durch Streitverkündigung befreien können. — Gemeinrechtlich ist die Frage, ob der Bürge auch mit

[1] Das Nähere siehe unten § 18.

[2] Vgl. Baudry-Lacantinerie: Précis de droit civil II p. 770; Laurent: Principes de droit civil franç. XVIII, p. 436.

[3] p. 461.

eigenen Forderungen compensiren dürfe, bejaht und das preussische Landrecht anerkennt dies auch ausdrücklich [1]). Was O. betrifft, spricht sich Haberstich nicht darüber aus, wohl aber bejahen Schneider und Fick diese Frage [2]) und ihnen ist beizustimmen. Ausdrücklich hob dies der Munzinger'sche Entwurf in Art. 194 hervor: Der Bürge kann «*auch*» Forderungen, welche dem Hauptschuldner etc.; dies unscheinbare Wörtchen «auch» ist aber später, wohl weil selbstverständlich, verschwunden. Von dem Momente an, wo der Bürge belangt werden darf, ist er wirklicher Schuldner, wenn auch alieno nomine und kann daher auch mit eigenen Forderungen in Berufung auf Art. 131 compensiren.

b) *Bei der Cession.* Nach richtiger Ansicht ist die Cession sowohl nach neuerem römischem, als nach heutigem Rechte eine Singularsuccession. Es fehlt demnach für Geltendmachung einer Forderung an den Cedenten gegenüber dem Cessionar von Seite des debitor cessus an dem Erforderniss der Gegenseitigkeit. Trotzdem ist man allgemein dazu gekommen, hier C. in gewissen Fällen dennoch zuzulassen. Die Cession hat sich aus der Vertretung heraus entwickelt, und dieser entsprechend konnte der Cessionar nur soweit, aber ebensoweit als der Cedent, die Forderung geltend machen: eine Consequenz, die sich mit Nothwendigkeit ergibt, sobald der Cessionar der Vertreter ist. Mit dem Hinfall des Vertretungsgedankens war aber keineswegs gesagt, dass dessen Folgerungen auch untergehen mussten; im Gegentheil: «Die Auffassung des spätern Rechts, wonach der Cessionar als Gläubiger gilt, musste in dieser Beziehung alle Consequenzen der älteren Rechtsauffassung festhalten, da sonst

---

[1]) Dernburg 461, Eisele 299, a. Pr. L.-R. § 328: Der Bürge kann, ausser seinen eigenen Forderungen, aufrechnen ....

[2]) In Anm. 1 zu Art. 505: Der Bürge kann auch noch Einreden haben, welche nur ihn selbst, nicht den Hauptschuldner, betreffen, z. B. aus einer Gegenforderung an den Gläubiger ....

entweder der Cessionar oder der Cedent zu Schaden käme[1]).» Daraus folgt unter Anderm, dass der debitor cessus dem Cessionar alle diejenigen Einreden entgegen setzen kann, die er gegen den Cedenten hatte, sofern sie schon damals vorhanden waren, als er von der Cession Kenntniss erhielt, also auch die Einrede der C. Dass er ausserdem Einreden, die er selbst gegen den Cessionar hat, verwenden kann, ist klar und ergibt sich daraus, dass der Cessionar selbst Gläubiger geworden ist. Dieser Ansicht entsprechen denn auch die neuern Gesetze. So a. Pr. L.-R. § 314; darnach kann der Cessus dem Cessionar gegenüber mit Gegenforderungen an diesen aufrechnen, regelmässig auch mit denjenigen an den Cedenten, ausgenommen er sei durch Anerkenntniss des Cessionars seiner Einwendungen gegen den Cedenten verlustig gegangen. In ähnlicher Weise unterscheidet Code civil Art. 1295. ob der Cessus die angezeigte Cession ohne Vorbehalt angenommen hat oder nicht und verweigert für den erstern Fall die C. mit Forderungen gegen den Cedenten, gestattet sie im zweiten, soweit die Forderungen schon vor der Bekanntmachung bestanden haben. Die erste Bestimmung ist wohl nicht vereinbar mit dem Grundsatze des Art. 1290. Darnach erlöschen ja zwei compensable Forderungen von selbst, « par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs», und es müssten daher Forderung des Cedenten und Gegenforderung des Cessus auch erlöschen, und ein Uebergang wäre nicht mehr möglich, eine Annahme der Cession einer nicht mehr existirenden Forderung also auch nicht[2]). Laurent[3]) spricht sich dahin aus: «Der Schuldner verzichtet schweigend auf die Wohlthat der C., indem er die Cession ohne Vorbehalt annimmt; eine Cession acceptiren, heisst doch

---

[1]) Baron, Pandekten, § 250, 2.

[2]) Baudry-Lacantinerie, a. a. O. 774: Im Falle 1295 wird eine nicht existirende Forderung cedirt; sie ist von Gesetzeswegen erloschen!

[3]) a. a. O. 442.

voraussetzen, dass es eine gibt; es gibt aber nur eine, wenn es eine cedirbare Forderung gibt, diese Forderung aber, obgleich durch C. erloschen, wird als bestehend angenommen und kann doch nur bestehen, wenn der Schuldner auf die Wohlthat der C. verzichtet.» All' dies erklärt aber noch immer nicht, wie durch Verzicht etwas, das von Gesetzeswegen nicht mehr existirt, wieder in's Leben gerufen werden kann. Laurent und Baudry-Lacantinerie gehen von der Ansicht aus, dass die C. eine Gunst sei und auf eine solche lasse sich verzichten; das Gesetz aber hat gerade den entgegengesetzten Gedanken, es entrückt die Möglichkeit, zwei Forderungen durch C. zu tilgen, dem Willen der Parteien. Art. 1295, 1, ist ein völliges Abweichen vom Prinzip des Art. 1290, hervorgerufen durch die Unmöglichkeit, dieses Prinzip überall aufrecht zu halten.

O. gedenkt in seinem Abschnitte über C. der Cession nicht, und Vogt[1]) macht ihm desshalb den Vorwurf, er lasse uns über die Verrechnung bei Cession im Finstern. Zugegeben, dass es nicht unvortheilhaft gewesen wäre, einen eigenen Artikel hierüber einzuschalten, ist doch jener Bemerkung gegenüberzuhalten, dass die Frage in Art. 189 gelöst ist. Dieser Artikel und Art. 190 beweisen, dass O. vollständig auf dem Standpunkt der gemeinrechtlichen Doctrin über Cession steht, und weil nun Art. 189 die Bestimmung enthält: «Einreden, welche der Forderung des Abtretenden entgegenstanden, kann der Schuldner auch gegen den Erwerber geltend machen, wenn sie schon zu der Zeit vorhanden waren, als er von der Abtretung Kenntniss erhielt», fand man es wohl überflüssig, *eine* Einrede, die der C., speciell herauszugreifen und expressis verbis an anderm Orte einzufügen. Hafner[2]), Schneider und Fick[3]) und Haberstich[4]) tragen denn auch kein Be-

[1]) a. a. O. p. 81.
[2]) In seiner Ausgabe des O. An. 2 zu Art. 189.
[3]) In An. 1 zu Art. 189.
[4]) Hdb. I, p. 202, 272.

denken, unter «Einreden» in diesem Artikel die Einrede der C. schlechthin zu verstehen, lassen also C. hier zu, obwohl es an dem Erfordernisse der Gegenseitigkeit fehlt. Anderer Meinung ist König in seinen Vorlesungen: «Die Einrede der C. kann er (Cessus) beiden gegenüber erheben: war nun die C. im Augenblick, wo die Cession vorgenommen worden ist, dem Cedenten gegenüber begründet, und *hatte der Cessus* dem Cedenten *bereits seine Absicht kundgegeben,* compensiren zu wollen, so kann diese auch nach der Cession vorgenommen werden. Er kann jedoch nur mit denjenigen Forderungen compensiren, welche ihm zustehen gegenüber dem jeweiligen Inhaber, und gegen den nachgehenden Cessionar kann er nicht mit Forderungen compensiren, welche ihm gegenüber einem frühern Cessionar zugestanden wären. Z. B. die nämliche Forderung wird A, B, C nach einander cedirt und dem Cessus standen Gegenforderungen zu gegen Cedenten, gegen A und B, dagegen keine gegen C. Wenn er nun gegenüber Cedenten A und *B* die Absicht, compensiren zu wollen, *nicht kundgegeben hat*, so kann er seine Forderungen gegen diese C gegenüber *nicht* verrechnen, nur, wenn er bereits seine Absicht kundgegeben hat». Es lässt sich diese Ansicht folgendermassen begründen: Die C. verlangt Gegenseitigkeit, die vorhanden ist zwischen Cedent und Cessus; sie tritt nicht von Gesetzeswegen ein, sondern erst durch eine Erklärung des Schuldners (Art. 138) und in diesem Momente müssen die Erfordernisse vorhanden sein, also auch Gegenseitigkeit. Dies ist beim Cessus und Cessionar nicht der Fall. Da die blosse Erklärung zum Vernichten der beiden Forderungen genügt, so kann eine spätere Cession nichts mehr ändern und der Cessus kann sich dem Cessionar gegenüber einredeweise darauf stützen. Diese Einrede fällt unter den Begriff der Einrede des Art. 189; wenn aber der Cessus von seinem Rechte zur C. dem Cedenten gegenüber keinen Gebrauch macht und erst dem Cessionar

gegenüber erklärt, compensiren zu wollen, so ist dies keine Einrede im Sinne des Art. 189; er stützt sich nicht auf eine der Forderung entgegenstehende Thatsache, sondern will durch seine Erklärung erst eine solche schaffen, was ihm aber unmöglich ist, weil das Requisit der Gegenseitigkeit fehlt.

Diese Ansicht wäre praktisch ungemein brauchbar; sie kann aber um deswillen nicht angenommen werden, weil sie unseres Erachtens dem Willen des Gesetzes, speziell des Art. 189 nicht entsprechen würde. König fasst den Begriff der C.-Einrede zu eng. Sehen wir ganz von dem Falle der Cession ab, und lassen wir *im Process erst* den Beklagten compensiren wollen, so beruft er sich doch im Hinweise auf seine compensable Gegenforderung auf ein Gegenrecht (Art. 131), macht von seinem Einrederecht Gebrauch, und wie können wir den Gebrauch dieser rechtsunwirksammachenden Thatsache anders bezeichnen, denn als Einrede, als C.-Einrede i. w. und allgemein gebräuchlichen Sinn? Kann er dies Einrederecht aber gegenüber dem Cedenten verwerthen, so muss er es nach Art. 189 auch dem Cessionar gegenüber geltend machen können [1]). Zudem: Wer kann den Cessus zu einer so frühen C.-Erklärung zwingen und soll er wegen der blossen Möglichkeit der Gefahr einer Cession diese Erklärung sofort bei Erwerb einer Gegenforderung abgeben? Er hat dies gar nicht nöthig; er kann ruhig abwarten, bis der Gläubiger an ihn gelangt und kann sogar bis zum Processe warten. — Nach König könnte man fast jede C. unmöglich machen: Der Gläubiger brauchte nur, sobald er Kenntniss von dem Erwerbe einer Gegenforderung von Seiten seines Schuldners hätte, seine Forderung zu cediren, um die Möglichkeit der C. jenem absuschneiden, der vielleicht gerade im Vertrauen auf C. diese Gegenforderung erworben hat, weil sie ja wegen des C.-Rechtes

[1]) Ueber das Wesen der C.-Einrede siehe des Nähern § 19.

auch einem schlechten Schuldner gegenüber völlig sicher ist. Der Beweis der simulirten Cession dürfte wohl nicht immer gelingen! Der feststehende Grundsatz: es dürfe die Lage des Cessus durch die Cession nicht verschlechtert werden, wäre offenbar durch eine solche Auslegung des Art. 189 schwer verletzt [1]). Wir kommen deshalb zu dem Resultate: Der Cessus kann dem Cessionar gegenüber mit Forderungen an den Cedenten compensiren, mag er diesen Willen dem Cedenten gegenüber schon geäussert haben oder nicht, mag es somit auch an dem Erfordernisse der Gegenseitigkeit mangeln. Der entscheidende Moment ist hier aber nicht der der Einigung zwischen Cedent und Cessionar, sondern der der Denunziation, wobei es nach Art. 187 gleichgültig ist, ob sie von Seiten des Cedenten oder des Cessionars geschieht. Von diesem Augenblicke an ist dem Cessus gegenüber die Forderung definitiv losgelöst vom Cedenten [2]), und für den Cessus keine Möglichkeit mehr, nach diesem Zeitpunkt gegen den Cedenten erlangte Forderungen zur C. gegen den Cessionar zu verwenden [3]). Eine Forderung aber, die er in der Zeit zwischen Cession und Denunziation erworben, kann er zur C. verstellen [4]). Andrerseits kann nun der Cedent, wenn der Cessus nach der Denunziation seine Forderung

---

[1]) Es möge hier ein Entscheid des R. O. H. G. (XIV, p. 327, in Seuffert's Archiv, Neue Folge I, Nr. 220) Platz finden: Es kommt nicht entscheidend darauf an, dass Beklagter, bevor ihm die Cession denunzirt wurde, dem Cedenten von dem Erwerbe einer Gegenforderung Anzeige machte und seine Absicht, diese gegen die jetzt eingeklagte Forderung des Cedenten zu compensiren, mittheilte. Es kommt vielmehr nur darauf an, dass Beklagter schon vor jenem kritischen Zeitpunkt in der rechtlichen Lage zu compensiren war, also eine zur C. geeignete Forderung erworben hatte ..... Das erworbene Recht auf C. konnte nicht mehr durch eine Cession vereitelt werden, wenngleich die Anzeige, compensiren zu wollen, erst später erfolgte.

[2]) Vgl. Attenhofer in der Zeitschr. des bern. Juristenvereins XVIII, p. 164 ff.

[3]) Anders ist der Fall, wenn die Cession nur vorgenommen wurde, um dem Cessionar unter der Form eben dieses Rechtsgeschäftes die Vollmacht zur Beitreibung der Forderung im Interesse des Cedenten zu ertheilen. Seuff. Arch. XXI, Nr. 43.

[4]) Vgl. Seuff. Arch. VI Nr. 177, XIII Nr. 19, XIV Nr. 22, 25.

an ihn einklagt, nicht mehr compensiren mit der abgetretenen Forderung. Anders haben freilich französische Gerichte entschieden in Anwendung des Art. 1290.

Wenn der Cessus den denunzirenden Cessionar als Gläubiger anerkennt, so ist auch nach O. für den einzelnen Fall oft fraglich, ob hierin ein Verzicht auf C. liegen könne. Erklärt er nur, von der Cession, resp. Denunziation, Kenntniss genommen zu haben, so ist dies sicherlich nicht der Fall, anders aber, wenn er sich in einer Art und Weise ausdrückt, die tacite einen Verzicht in sich schliessen kann. Hier hat der Richter nach dem einzelnen Falle zu urtheilen. Viel strenger verfahren hier Code civil 1295, 1, welcher bei vorbehaltloser Annahme, und Pr. L.-R. § 412, welches bei rechtsgültiger Anerkennung des neuen Gläubigers C. unbedingt mit Forderungen an den Cedenten anschliessen [1]).

Gemeinrechtlich bestritten ist es, ob die beiden Forderungen zur Zeit der Denunziation bereits compensabel sein, d. h. sämmtlichen Voraussetzungen der C. und damit also derjenigen der Fälligkeit, entsprechen müssen oder nicht [2]). Nach O. 131 und 189 dürfte die Frage sich folgendermassen entscheiden lassen:

a) Die Forderung des Cedenten war fällig bei der Denunziation, nicht aber die des Cessus. Hier ist C. dem Cessionar gegenüber ausgeschlossen, wenn letzterer Anspruch auch inzwischen fällig geworden ist; denn hätte in jenem Momente der Cedent Erfüllung verlangt, so hätte Cessus bezahlen müssen und keine C.-Einrede entgegenhalten können, weil deren Voraussetzungen nicht erfüllt waren [3]).

b) Die Forderung des Cessus war fällig, nicht aber die des Cedenten. Es dürfte hier C. auf Grund von Art. 189 unbedingt zulässig sein; denn dieser Artikel

---

[1]) Vgl. auch österr. bürg. Gesetzbuch § 1396.
[2]) Dernburg 407 ff., Eisele 307 ff.
[3]) So Seuff. Arch. XII Nr. 18, XIV Nr. 22, Haberstich I. p. 202.

macht keinen Unterschied zwischen der Abtretung fälliger und nicht fälliger Forderungen; er verlangt nur, dass die Einrede zur Zeit der Denunziation bereits vorhanden war, was hier der Fall ist. Cessus hatte bereits ein Recht auf C. erworben, das sich verwirklichen konnte bei Fälligkeit der gegnerischen Forderung. Dieses Recht darf ihm nicht mehr durch eine Cession entzogen werden, wird es ja oft vorkommen, dass der Cessus gerade um der Möglichkeit der C. willen seine schon fällige Forderung nicht einklagt, weil er nicht hoffen kann, volle Befriedigung durch Zahlung zu erlangen, wohl aber durch die später, möglich werdende C. Um einen Unterschied zu machen, je nachdem bei der abgetretenen Forderung dies pro debitore oder pro creditore war, ist kein Grund vorhanden [1]).

c) Es war noch keine der beiden Forderungen fällig. Hier ist C. unbedingt auszuschliessen, da die Voraussetzungen von Art. 189 nicht erfüllt sind und Cessus, weil eben noch keine fällige Forderung, auch noch keine Einrede hatte. A. M. ist Dernburg p. 460, ein Entscheid des Reichsgerichts und Schneider und Fick [2]) für den Fall, dass die Forderung des Cessus früher fällig wird als die des Cedenten; ferner die preussische Praxis auf Grund des § 313 a. Pr. L.-R. [3])

Es ist noch der Fall mehrmaliger Cession zu behandeln, den weder Schneider und Fick, noch Haberstich berücksichtigen. A hat eine Forderung an B von 1000;

---

[1]) Eisele 309 will nur in ersterem Falle C. gestatten, Dernburg in beiden 407.

[2]) E. d. R.-G. XI Nr. 68; Schn. u. F. Anm. 2 zu Art. 189, ohne Begründung.

[3]) Nur angeführt werden möge hier ein Entscheid des R.-G. I, Nr. 124, wonach der debitor cessus, welcher nach der Certioration auf Grund einer vor derselben übernommenen Bürgschaft einen Gläubiger des Cedenten bezahlt hat, gegen den Cessionar mit der ihm durch die Zahlung erwachsenen Forderung an den Cedenten nicht compensiren kann, da er durch Uebernahme der Bürgschaft zwar einen Anspruch auf Caution oder Liberation, nicht aber auf Zahlung hatte.

B erwirbt gegen ihn eine solche von 300; A cedirt an C, der die Cession anzeigt; gegen C hat B eine Gegenforderung von 200; C cedirt weiter an D und denunzirt ihn B, der gegen denselben eine Forderung von 200 hat; D cedirt an E, gegen den B als Gegenforderung 100 hat. Nach Code civil löst sich der Fall, obwohl nicht ausdrücklich vorgesehen, sehr leicht nach Art. 1295. Hat B jeden neuen Cessionar ohne Vorbehalt, «purement et simplement» angenommen, so kann er E gegenüber nur compensiren mit seiner Forderung von 100 an E; hat er die ihm denunzirten Cessionare unter Vorbehalt acceptirt, so kann er mit allen Gegenforderungen gegen den ersten Cedenten und sämmtliche Cessionare compensiren, da seine Schuld jedesmal von selbst «par la seule force de la loi» um den entgegenstehenden Betrag vermindert worden ist. — Ausdrücklich behandelt wird der Fall einer mehrmaligen Cession vom Pr. L.-R. § 316; es lässt eine mehrmalige C. nur zu, wenn der Cessus den Zwischeninhaber zu seinem Gläubiger angenommen hat [1]. Weit eingreifender ist die Bestimmung des österr. bürg. G. B. 1442: «Wenn eine Forderung allmählig auf mehrere übertragen wird, so kann der Schuldner zwar die Forderung, welche er zur Zeit der Abtretung an den ersten Inhaber derselben hatte, sowie auch jene, die ihm gegen den letzten Inhaber zusteht, zur Abrechnung bringen, nicht aber auch diejenige, welche ihm an einen der Zwischeninhaber zustand.» — Gemäss O. 189 und unsern obigen Ausführungen hatte B dem C gegenüber die C.-Einreden gegen A und C, dem D gegenüber diejenigen, die er gegen D und C in seiner Eigenschaft als nunmehriger Cedent hatte, also auch diejenige gegen A, dem E gegenüber diejenigen, die er gegen E. selbst und gegen D hatte, das sind aber gegen D, C und A, so dass der Forderung des E auf 1000 gegenüber stehen zur C. 300 gegen

[1]) Ueber die bestrittene Auffassung dieses § siehe Dernburg p. 415. Förster: Preuss. Privatrecht I, p. 572.

A, 200 gegen C, 200 gegen D und 100 gegen E, zusammen 800, ohne dass B auch nur einmal vorher seinen C.-Willen gezeigt hat. Hätte er jedesmal vor der Denunziation seine C.-Erklärung gegeben, so hat dieses Resultat auf Grund von 138 nichts Ueberraschendes; ist dies nicht geschehen, so möchte man versucht sein, die Ansicht von König zu adoptiren, der dann den B E gegenüber nur mit der Forderung an E compensiren lässt, keineswegs aber mit seinen Forderungen an A, C und D. Unser Resultat ist ein praktisch völlig unbrauchbares, das die Cession rein illusorisch machen würde, ein Institut, welches unserem heutigen Verkehre aber geradezu unentbehrlich geworden ist. Es muss sich der Zweifel aufdrängen, ob ein solches Ergebniss vom Gesetzgeber in Art. 189 gewollt sei, und der Zweifel wird sich angesichts der praktischen Folgen zur sichern Ueberzeugung verwandeln, dass dem nicht so sein kann. Den Ausweg zeigt der angeführte § des öst. G. B.; Art. 189 muss restrictiv interpretirt werden in der Art, dass unter dem «Abtretenden» nur der erste Inhaber, der ursprüngliche Cedent verstanden werden darf. Ein Recht zu dieser Auslegung gibt uns sicherlich die Unmöglichkeit, obigem, praktisch völlig unbrauchbaren Resultate auf andere Weise zu entgehen!

b. Objektive Erfordernisse.

§ 8.

Rechtsbeständigkeit der Forderung.

Es ist selbstverständlich, dass die zur C. verwendete Forderung eine materiell gültige, eine wirkungskräftige sein muss. Da nach O. Art. 138 eine C. nur durch ein Erkennengeben des C.-Willens Seitens des Schuldners eintritt, so ist klar, dass nicht nur in jenem Momente, wo die beiden Forderungen auf Grund des Art. 131 zur C. geeignet sind, im Momente der Compensabilität, sondern auch in jenem Augenblicke, wo der Schuldner von dem

ihm gegebenen Rechte der Aussenwelt sichtbar Gebrauch machen will, seine Forderung eine compensable, demnach auch vor Allem eine rechtsbeständige sein muss [1]). Was die Naturalobligationen anbelangt, so steht so viel fest, dass in einigen Fällen nach röm. Recht C. mit ihnen zulässig war, ob aber mit allen, ist sehr bestritten [2]); dass aber jene unbestrittenen Fälle für das gemeine Recht h. z. T. unpraktisch sind. Die modernen Gesetzgebungen nehmen den Naturalobligationen gegenüber einen sehr negirenden Standpunkt ein: entweder bestimmen sie, dass ihnen nicht nur ihre Verwirklichung durch Klage, sondern auch durch Einrede z. B. der C. nicht gestattet sei [3]), oder anerkennen den Begriff derselben überhaupt nicht, wie O., so dass auch hier eine C. gänzlich ausgeschlossen ist. Nach Art. 512 entsteht aus Spiel und Wette keine Forderung, demnach ist z. B. auch keine C. von Seiten des Gewinners gegenüber anderweiten Forderungen des Verlierers möglich, so im kaufmännischen Verkehr nach O. auch nicht mit einer Forderung aus einem reinen Differenzgeschäft [4]).

§ 9.

Fälligkeit der Forderungen.

Aus der Natur der C. ergibt sich das Erforderniss der Fälligkeit der Forderungen; nur weil der Schuldner in dem Momente, wo er dem Gläubiger zahlen muss, seinerseits sofort auf Befriedigung dringen kann, wird ihm das Recht der Verrechnung gewährt; kann er aber in jenem Augenblicke nicht thatsächliche Erfüllung verlangen, weil seine Forderung noch nicht fällig ist, so kann er auch nicht auf Befriedigung durch C. dringen. Es wäre dies dem Gläubiger gegenüber eine grosse Ungerechtigkeit und würde weit das gesteckte Ziel, einen

[1]) Ueber C. mit einer verjährten Forderung siehe § 18.
[2]) Vgl. Eisele 327—333; Dernburg 469 ff. Windscheid II § 289.
[3]) So z. B. a. Pr. L.-R. Einleitung § 56.
[4]) Das Nähere siehe § 21.

wahren Ersatz für Zahlung zu geben, überschreiten[1]. Man nennt aber diejenige Leistung eine fällige, mit deren Einforderung der Gläubiger nicht mehr zu warten braucht[2]). C. ist also unzulässig mit einer betagten Forderung, deren Termin noch nicht gekommen ist, mit einer bedingten Forderung, weil bis zum Eintritt der Bedingung noch keine Forderung als vorhanden gilt. — Wird die Erfüllung einer fälligen Verbindlichkeit gestundet, so kann im einzelnen Falle dies den Sinn einer «Gnadenfrist» haben (so Respekttage, Schonfrist), also keine Stundung i. e. S. vorhanden sein. Der Gläubiger, welcher die momentane Zahlungsunfähigkeit seines Schuldners kennt, will ihn vor Beschlagnahme etc. schützen und gibt ihm noch eine Frist, um während dieser sich Zahlungsmittel zu verschaffen. Wird innert dieses Zeitraums der Schuldner Gläubiger seines Gläubigers und dringt er auf Erfüllung, so kann ihm trotz dieser Gnadenfrist die Forderung zur C. entgegengestellt werden, da ja der Grund der Fristverlängerung hinfällig geworden ist, der Schuldner sich keine Zahlungsmittel mehr anderswoher zu beschaffen braucht, sondern durch C. mit der in seinen Händen befindlichen Gegenforderung seinen Gläubiger befriedigen kann. Klar kommt dieser Gedanke im Code civil Art. 1292 zum Ausdruck: Le terme de grâce n'est point un obstacle à la C.[3]). O. enthält keine diesbezügliche Bestimmung[4]); der Satz ist zweifelsohne auf Grund obiger Ausführungen als auch nach O. güllig anzunehmen. Aehnlich verhält er sich, wenn der Richter dem Beklagten im Urtheil zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit eine gewisse Frist gewährt. — Interesse bietet der Fall, wo ein Gläubiger einem

---

[1]) So a. Pr. L.-R. § 343; Code civil art. 1291; Codice civile art. 1287. O. Art. 131: „sofern beide Forderungen fällig sind".

[2]) Windscheid II § 273.

[3]) Ebenso Codice civile Art. 1288.

[4]) Wohl aber der Dresdener Entwurf Art. 363: Ist nach eingetretener Fälligkeit der Forderung dem Schulnner aus Nachsicht noch eine Frist gewährt worden, so wird hiedurch die C. gehindert.

Accorde beigetreten ist unter dem Abkommen, «dass der Rest seiner Forderung bei Bestand bleibe und von ihm geltend gemacht werden dürfe, sobald Kläger zu neuem Vermögen gelangt sei.» Hier wird einem fälligen Anspruch ein pactum da non petendo beigegeben und dadurch eine bedingte resp. betagte Forderung geschaffen. Zu neuem Vermögen aber ist derjenige noch nicht gelangt, der eine Forderung einklagt, welche den von ihm schuldigen Rest deckt oder übersteigt; vielmehr kommt es auf seinen ganzen Vermögensbestand an, ob ohne Schädigung dessen, seiner Unterhaltsmittel und seines Geschäfts, der Gläubiger durch C. befriedigt werden dürfe [1]).

Der Code civil gibt «fällig» durch «exigible» wieder, während der französische Text von O. hier den Ausdruck «échue» anwendet. Diese Bezeichnung ist von Mentha [2]) als unrichtig angegriffen worden. Nach gemeinem Sprachgebrauch bezeichne man mit l'échéance le terme und nur für eine fällige «obligation à terme» könne man den Ausdruck échue verwenden, nicht aber für die «obligation sans terme». Diese sei aber ebenfalls zur C. geeignet, «tandis que la version officielle, beaucoup trop étroite, ne semble pas prévoir pour les dettes sans terme ce mode d'extinction, puisqu'elle ne mentionne que les dettes échues.» Der richtige Ausdruck, weil der weitere, sei «exigible»: Toute dette échue est nécessairement exigible; mais les dettes exigibles comprennent, outre celles qui sont échues,

---

[1]) E. d. R. O. H. G. Seuff. Arch. XXVIII, Nr. 120.

Zu verzeichnen dürfte auch die von Cohn in Endemann's Hdb. III, p. 1029, angeführte Usance sein, wonach kein reeller Kaufmann sich weigern wird, eine bereits fällige Forderung mit einer schon nach 2—3 Monaten fälligen Gegenforderung unter Berechnung der Zwischenzinsen begleichen zu lassen. Dies wird wohl im bürgerlichen Leben auch oft der Fall sein, dass der Schuldner auf den zu seinen Gunsten festgesetzten dies zum Zwecke der C. verzichtet. Immerhin aber ist eine solche Verrechnung nicht erzwingbar.

[2]) Critique de quelques articles, p. 22 ff.

toutes celles dont la convention n'a point fixé le terme: quod sine die debetur, statim debetur[1]).

§ 10.

Gleichartigkeit der Forderungen.

Auf dem Billigkeitssatze: dolo facit qui petit etc. gründet sich die C. Er ist völlig vereinbar mit dem andern: aliud pro alio invito creditore solvi non potest, und aus diesen beiden deducirt sich das Requisit der Gleichartigkeit der Forderungen zur C. Sie ist nicht Zahlung, soll aber in ihrem Effekte der Zahlung gleichkommen; der fordernde Gläubiger soll nach geschehener C. gleich dastehen, wie wenn ihm geleistet worden wäre und er sofort wieder geleistet hätte, und dies kann nur der Fall sein, wenn er das gleiche zu leisten hatte, was er fordern durfte. Eine C., welche dieser Voraussetzung entbehrte, würde auch der Gerechtigkeit entbehren, wäre die ärgste Verletzung der Rechte des Gläubigers. Ausdrücklich wird diese Gleichartigkeit in allen neueren Gesetzgebungen ver-

---

[1]) So richtig diese Ausführungen sein mögen, ist es immerhin mit Gefahr verbunden, gesetzliche Ausdrücke durch andere ersetzen zu wollen. Einen Beweis bietet ein Entscheid des Trib. cant. de Fribourg, 9. II. 1885, welchen Stöcklin in der Revue judiciaire 1885, p. 81—83, einer scharfen Kritik unterwirft. Beklagter wollte einer Forderung gegenüber compensiren mit einer Kostenrechnung (compte d'honoraires); eine Bestreitung fand nicht statt und das Gericht selbst anerkannte die Gegenseitigkeit. Die Forderung war aber zur Zeit ihrer Opponirung vom zuständigen Richter in ihrer Höhe noch nicht fixirt worden (le chiffre n'en avait pas été fixé par le juge compétent), und auf Grund dessen wies das Gericht die C. ab, weil die Forderung „n'était pas échue, n'étant ni définitive, ni exigible"; denn da die Höhe nicht richterlich festgesetzt, sei der Anspruch nicht „définitive" in Bezug auf seine Höhe, folglich auch nicht „exigible par voie d'exécution". Hiezu bemerkt Stöcklin, und es ist ihm völlig beizupflichten: Art. 131 setzt keineswegs als Bedingung für die C., dass die beiden Forderungen „soient d'un chiffre fixe et immuable"; es genügt, dass sie „échues" sind, d. h. dass kein dies, keine Suspensivbedingung ihrer Verwirklichung hinderlich sei. Ainsi les honoraires d'un artiste, les dommages-intérêts résultant d'un fait dommageable, sont des prétentions „échues" et propres à être compensées, quoique sujettes à la modération du juge, pour autant que l'artiste, que le navré ne peuvent être arrêtés par un délai dans l'exercice de leur droit d'action.

langt [1]), auch in O. 131: Wenn zwei Personen einander Geldsummen oder andere vertretbare Sachen derselben Art.... Sie ist also nur vorhanden, wenn beiderseits die Forderungen auf Fungibilien, auf Geld oder andere vertretbare Sachen der gleichen Art und Qualität gehen, überall da, «wo es nicht auf Individualität, sondern auf die Masse und Güte ankommt», wo das zu Leistende ersetzt werden kann durch Sachen derselben Quantität und Qualität, wo es nicht auf das quid, nur auf das quale und quantum ankömmt (Getreide, Wein etc.). Es genügt nicht, dass beide Forderungen auf Fungibilien gehen, die eine auf Geld, die andere auf Wein; es genügt nicht, dass auf Fungibilien derselben Gattung gehen, die eine auf russischen, die andere auf ungarischen Waizen, weil hier überall C. einen ganz andern Effekt haben würde, als gegenseitige Leistung. Geld ausgenommen, müssen es Fungibilien derselben Art, Sorte, Güte sein; bei Forderungen auf Geld ist es nicht nöthig, dass sie in demselben Münzfusse oder in derselben Sorte ausgedrückt sind: Eine Forderung auf 1000 Mark ist compensabel mit einer auf Fr. 1000. Ist aber ersichtlich, dass eine solche Abweichung gemacht worden ist, um die Forderung zu individualisiren, ihres fungibeln Charakters zu entkleiden, weil man eine bestimmte Münzsorte, Geldstücke von bestimmtem Werthe haben will, so ist C. ausgeschlossen. Eine C. mit Forderungen auf nicht fungible Sachen lässt O. nicht zu; will man dies, was aber höchst selten der Fall sein dürfte, so bleibt der Weg der vertragsmässigen C. offen [2]). Eine C. bei gegenseitig geschuldeten, geldwerthen Leistungen, bei denen es auf die Person der Leistenden nicht an

---

[1]) Pr. L.-R. § 343, § 344; Code civil 1291; Codice civile 1287; Oest. bürg. G.-B. § 1440.

[2]) Eine Ausdehnung des Begriffs „vertretbare Sachen“, wie ihn z. B. Jacottet (Droit civ. Neuchât. Oblig. p. 344 ff.) macht, indem er auch ein Pferd als Fungibilie auffasst, ist ebenso unstatthaft. Wenn A von B und B von A ein Pferd zu fordern hat, so kommt man mit Leistung und mit C. zu ganz andern Resultaten.

kommt, kennt wohl Pr. L.-R. § 371, ist aber nach O. ausgeschlossen.

Mit einer alternativen Forderung, deren eine Leistung compensabel ist, kann erst dann compensirt werden, wenn die alternative Natur aufgehoben ist, sei es dadurch, dass derjenige, welcher die Wahl hat, eine Entscheidung getroffen, sei es dadurch, dass die nicht compensable Leistung unmöglich geworden ist.

Eine oft behandelte Frage ist es, ob compensirt werden könne mit einer Forderung auf Rechnungsablage[1]). Den auch für O. richtigen Standpunkt dürfte die zweite, citirte Entscheidung des O. A. G. zu Lübeck eingenommen haben. «Soll die Frage, ob ein Saldo vorhanden sei, erst durch das Resultat der Rechnungsablage ermittelt werden, so ist eine Verbindlichkeit des Gegners zu einer Zahlung noch gar nicht selbstständig begründet, und es muss der Anspruch auf Rechnungsablage als die eigentliche Gegenforderung betrachtet werden; mit einer obligatio in faciendo kann aber gegen eine obligatio in dando nicht compensirt werden (es fehlt die Gleichartigkeit). Anders, wenn die Partei, welche behufs der C. erst auf Rechnungsablage anträgt, zugleich bestimmte und spezielle Angaben machen kann, woraus die wirkliche Existenz eines auszukehrenden Saldo's hervorgeht».

Es wird keineswegs verlangt, dass die Forderungen von Anfang an gleichartig seien; es genügt, wenn diese Eigenschaft erst später, durch eine Umwandlung, hervorgebracht worden ist, so also alle Schadensersatzansprüche[2]), und die Compensabilität datirt dann von diesem Moment der Gleichartigkeit an.

Eine Ausnahme von dem Erforderniss der Gleichartigkeit stellt Code civil art. 1291, 2 auf: Les prestations

---

[1]) Im Allgemeinen verneinen dies Seuff. Arch. I. Nr. 32, beschränkt bejaht in VIII Nr. 33, XVII Nr. 133, XVIII Nr. 232.
[2]) O. Art. 110, 111, 112, 116, 124.

(d. h. periodische Leistungen) en grains ou denrées, non contestées, et dont le prix est réglé par les mercuriales, peuvent se compenser avec des sommes liquides et exigibles [1]), eine Ausnahme, die sich in keiner Beziehung rechtfertigen lässt, die das Interesse des Gläubigers in schwerster Weise verletzt. Sie hat desshalb mit Ausnahme des Ital. G.-B. nirgends Nachahmung gefunden [2]).

Wie verhält es sich, wenn die Forderungen an verschiedenem Orte zu leisten sind? Dernburg kommt zu der Ansicht, dass hier C. an und für sich nicht zulässig sei, weil diese Forderungen ungleichartige Grössen bilden, und ähnlich legt auch Eisele die bezügliche Stelle des Javolenus aus [3]): Eine wenn auch nur lokal individualisirte Geldforderung höre auf, compensabel zu sein, und werde es erst dadurch wieder, dass sie durch Berücksichtigung des interesse loci wieder zu einer lokal abstrakten gemacht werde. Diese Meinung hat ihren Eingang in verschiedene Gesetzgebungen gefunden; sie lassen C. zu, aber nur gegen Berücksichtigung des Ortsinteresses: Pr. L.-R. § 350: Was an einem gewissen Orte zu zahlen ist, kann nur gegen Vergütung des Interesses abgerechnet werden; Code civil 1296: Lorsque les deux dettes ne sont pas payables au même lieu, on n'en peut opposer la C. qu'en faisant raison des frais de la remise: ebenso Ital. G.-B. 1292 [4]).

O. enthält keine diesbezügliche Bestimmung und ist die Frage aus allgemeinen Principien und Art. 131 zu entscheiden. Dass eine Leistung, erfüllbar an einem bestimmten Orte, einen andern, schärfer begrenzten Cha-

---

[1]) Ebenso Codice civile Art. 1287, 2.

[2]) In diesem Sinne sprechen sich auch aus: Baudry-Lac. 762, Laurent 414.

[3]) l. 15 D. h. t. 16, 2. Dernburg 502, Eisele 321.

[4]) Laurent, p. 455, erklärt diese Bestimmung auf andere Weise: Streng genommen dürfte hier keine C. stattfinden, weil die Forderung nicht liquid sei, es erst gemacht werden müsse durch Berechnung des Curses.

rakter hat, als die ihr gegenüber stehende Forderung, so dass der Gläubiger wirkliche Leistung an diesem bestimmten Orte verlangen kann, an einem andern gar nicht entgegennehmen muss, und damit die Gleichartigkeit in diesem Sinne in Frage kommen könnte, ist richtig, es berührt aber die vom Gesetze verlangte Gleichartigkeit nicht, wonach nur gefordert wird, dass gegenseitig Geldsummen oder andere vertretbare Sachen derselben Art geschuldet werden. Es genügt, dass geschuldet wird, ob örtlich modificirt, ist gleichgültig; nirgends wird verlangt, dass beide Forderungen am gleichen Orte fällig sein müssen. Man muss demnach auch nach O. C. hier zulassen und geräth dadurch freilich zu einem andern Resultate als bei der Zahlung. Bezüglich des Ortsinteresses ist zu unterscheiden: Hat Beklagter eine Gegenforderung, bei deren Leistung es im Interesse des Klägers ist, dass er an einem bestimmten, andern Orte empfange, und wird ihm diese Forderung opponirt, so muss er wohl C. sich gefallen lassen, aber nicht auf mehr, als ihn die Leistung dort zu stehen gekommen wäre. Sein Ortsinteresse muss in Abzug gebracht werden, da er sonst compensationsweise in seinem Vermögen mehr einbüssen würde als bei Befriedigung durch wirkliche Leistung. Andererseits steht dem Beklagten, will er eine Gegenforderung, die in seinem Interesse an einem andern Ort zu leisten wäre, zur C. verwenden, keineswegs zu, dieses Interesse mit in die C. hineinzuziehen und somit seine Forderung zu vergrössern. Der Schuldner müsste sonst mehr einbüssen, als durch wirkliche Leistung. C. ist ja eine Gunst, es besteht nach O. kein Zwang dazu; will also Beklagter sein Interesse nicht verlieren, so braucht er nur nicht zu compensiren.[1])

---

[1]) So auch für das gemeine Recht Windscheid § 350, Note 7; Eisele 321; a. M. Dernburg 502. Im ersten Sinne auch Dresdener Entwurf Art. 366: ....es muss jedoch derjenige, welcher aufrechnet, dem andern dasjenige vergüten, was diesem dadurch entgeht, dass er die Zahlung nicht an dem bestimmten Erfüllungsort empfängt.

§ 11.

Liquidität.

Das Princip, welches in der C. liegt, ist unbedingt anzuerkennen; will man es aber consequent, ohne Einschränkung, auch im völlig freien Processverfahren, zur Geltung bringen, so leidet vor allem darunter eine der ersten Aufgaben der Rechtspflege, möglichst rasche und billige Erledigung der Streitigkeiten zu Stande zu bringen und öffnet einer chicanösen Prozessverzögerung in jedem Stadium des Verfahrens von Seiten des Beklagten Thür und Thor! Derartige Erwägungen mögen es gewesen sein, die Justinian bewogen, als weiteres Erforderniss der C. nicht Liquidität, wohl aber Liquidabilität der Gegenforderung aufzustellen[1]). In ganz andern Bahnen, als die römische cognitio extraordinaria, bewegte sich der gemeine, deutsche Civilprocess; dort die Möglichkeit, mit der C.-Einrede selbst in der Executionsinstanz noch durchzudringen, daneben ein freies Beweisverfahren, vor allem eine freie Beweiswürdigung, gelegt in die Hände des Richters; hier ein streng gegliedertes, von Schriftlichkeit und Aktenmässigkeit getragenes Verfahren, ein äusserst formelles Beweisverfahren, ein Gebundensein des Richters an dasselbe und eine vollständige Unterdrückung seines freien Ermessens, so dass in all' diesen Vorschriften an und für sich schon die gleiche Sicherheit lag, wie in der speziellen justinianischen Verordnung. Das Erforderniss der Liquidität hat denn auch in der frühern gemeinrechtlichen Praxis in das ordentliche Verfahren keinen Eingang gefunden; ja Dernburg geht so weit, hier geradezu ein abänderndes Gewohnheitsrecht zu finden und kommt zu dem Resultate: Im ordentlichen Processe ist das Erforderniss der Liquidität fallen gelassen; im summarischen Process muss der Einwand der C., wie jede andere vom Verklagten vorgeschützte Einrede sofort liquid

---

[1]) Siehe oben § 2.

gemacht werden[1]). Erst seit Hasse ist die deutsche Praxis etwas schwankend geworden[2]).

Der Streit hat in Deutschland sein Ende gefunden durch R. C. P. O., vor allem §§ 136, 274, und damit sind auch die Vorschriften des a. Pr. L. R. §§ 359—361 beseitigt[3]). Darnach muss bei connexer Gegenforderung zugleich über dieselbe entschieden werden, ob sie nun zur Klarlegung länger brauche als die eingeklagte Forderung oder nicht. Anders bei nicht connexen Ansprüchen; hier kann der Richter (§ 136 C. P. O.) nach seinem Belieben die Processe trennen, kann über die zur Endentscheidung reife Forderung durch Theilurtheil erkennen und über die andere getrennt weiter verhandeln (§ 274), kann das Theilurtheil für vorläufig vollstreckbar erklären[4]), dabei aber nach seinem Ermessen Sicherheit verlangen (§ 652 C. P. O.); unter Umständen kann auch der Schuldner bloss Sicherheitsleistung oder Deposition erlangen (§ 652 etc.). «Es kann aber nicht die C.-Einrede zurückgewiesen und unter Beendigung des Processes eine definitive Verurtheilung des Beklagten erfolgen. Die Illiquidität der zur C. gebrachten Gegenforderung rechtfertigt weder die Aberkennung des materiellen C.-Rechtes, noch die Zurückweisung aus dem Processe[5]).» Ferner spricht sich das Reichsgericht dahin aus: «Die Bestimmung von l. 14 § 1 C. 4,31 hatte, wie die ähnliche des Pr. L. R. nicht eine materiellrechtliche, sondern lediglich processrechtliche Bedeutung, was übereinstimmend ist mit Dernburg: «Illiquidität bedingt nicht

[1]) Siehe die Nachweisungen bei Dernburg 572 ff. und Seuff. Arch. I 366, VII 108, VIII 122, XIV 21, XV 17, XXI 116, XXIII 224, Neue Folge VI 113. Gleicher Ansicht Eisele 342 ff.

[2]) Die von Hasse aufgestellte und unter andern von Windscheid acceptirte Ansicht, der Richter habe auch (heute) im gemeinen Process das Recht, die C. aus diesem Processe zurückzuweisen, ist vertreten in Seuff. Arch. V 123, VIII 33, IX 279, XVII 139, XXIII 223, XXVII 117.

[3]) S. E. d. R. G. vom 15. VI. 83 VIII, p. 348, XV, Nr. 62, Nr. 101.

[4]) Fitting, R. C. P. p. 308.

[5]) R. G. a. a. O.

schlechthin die G., sondern nur ihre Geltendmachung im Hauptprocesse[1])». Beides zielt dahin, dass die Liquidität «nicht materielles Requisit der C. geworden, sondern lediglich ein formelles Erforderniss ihrer Geltendmachung im Processe bilde.»

Auf entgegengesetztem Standpunkte fusst Code civil, welcher in Verschärfung der Vorschrift Justinians als weiteres *materielles* Requisit der C. Liquidität i. e. S. verlangt[2]), und übereinstimmend nimmt die französische Jurisprudenz an, dass die Illiquidität nicht nur vorhanden ist, wenn die Forderung an und für sich bestritten ist, sondern auch, wenn ihr Betrag, ihre Höhe noch unbestimmt ist, wenn sie noch einer Feststellung durch Berechnung oder Beweis bedarf. «Ist sie existent, aber der Höhe nach unbestimmt, so kann man nicht sogleich die zwei Forderungen bis zur entsprechenden Höhe löschen, da eben die Höhe unbestimmt; folglich ist eine solche Forderung illiquid[3])». Die Forderung «la dette doit être certaine» deckt sich aber nicht mit dem Begriff der Unbestrittenheit i. w. S.; Bestrittenheit setzt voraus «une contestation sérieuse; il faut que la dette puisse être contestée légitimement;» dem Richter steht es zu «de décider que la contestation n'est pas sérieuse» [4]). Weil die Höhe bestimmt sein muss, kann nach französ. Rechte in dem oben erwähnten Falle (§ 10) der Mandant nicht compensiren, wenn ihm noch nicht Rechnung gestellt ist, mag die Liquidstellung der Höhe noch so leicht sein. Ebenso bestimmt Cass. 18 avril 1854: En principe, les frais et honoraires des notaires ne peuvent entrer en compensation avec ce qu'ils doivent à leurs clients que lorsqu'ils sont taxés[5]).

---

[1]) p. 568, vgl. auch Windscheid § 350, Note 12.

[2]) Art. 1291 .... et qui (les deux dettes) sont également liquides. Ebenso Ital. Codice civile art. 1287.

[3]) Laurent 416. Pothier: Une dette est liquide, lorsqu'il est constant qu'il est dû et combien il est dû.

[4]) Laurent 418.

[5]) Vielleicht ist hier die Quelle zu suchen für jene Entscheidung des Trib. cant. de Fribourg, siehe oben § 9 An.

Nirgends aber kann die gesammte Praxis eines ganzen Landes in grösserem Gegensatz zum Gesetze stehen, wie hier die französische gegenüber der verlangten Liquidität des Code civil; ein glänzender Beweis dafür, wie ein tüchtiger Richterstand, in Erkenntniss der Bedürfnisse und seiner Pflicht, dieselben zu befriedigen, die Schranken, aufgerichtet durch ein starres und überlebtes Gesetz, zu umgehen und zu durchbrechen weiss. Wird doch die C. in unzähligen Fällen, wo sie vollständig gerechtfertigt wäre, verunmöglicht, sobald man strenge Liquidität der Forderung verlangt. Es ist diese Aenderung nicht etwa geschehen durch eine sophistische Interpretation des Code; nein, die C. derselben mit all ihren Requisiten ist vollständig anerkannt und durchgeführt in der «compensation légale», daneben aber hat sich eine «compensation judiciaire» entwickelt. Die Verrechnung des Code wird durch blosse Einrede geltend gemacht mit Berufung auf die rechtsvernichtende Thatsache der geschehenen C. des Art. 1290; der Code de procédure Art. 464 lässt eine C. zu durch «demande reconventionelle» (Widerklage) des Beklagten, wenn dessen Forderung allen gesetzlichen Requisiten entspricht mit Ausnahme der Liquidität. Vom Richter wird ihm nach freiem Ermessen unter Aufschieben der Verurtheilung eine Frist zur Liquidstellung gegeben und ist ihm dieselbe innert dieser Zeit gelungen, so spricht der Richter die C. aus, die dann erst von diesem Augenblicke an wirkt. (Bei der C. légale spricht nicht das Gericht, sondern das Gesetz dieselbe aus.) Wie leicht erklärlich, ist die Praxis hier noch in manchen Beziehungen schwankend, vor Allem über den Begriff der Liquidabilität [1]). Die «compensation facultative» endlich entspricht einem Verzichte der Partei auf den zu ihren Gunsten aufgestellten Ausschluss der C.: sie ist eine vertragsmässige C. [2])

---

[1]) Laurent 483—496.

[2]) Vgl. unten § 21, Laurent 480—483, Baudry-Lacantinerie 774.

§ 12.

Fortsetzung.

Während der Code civil die Liquidität als materiellrechtliches Requisit auffasst, ist das Reichsgericht mit Dernburg der Anschauung, dass sie nur processualisches Erforderniss sei. Wäre letztere Meinung vollständig richtig, so würde es gar nicht in der Competenz des Bundes gestanden haben, eine diesbezügliche Bestimmung zu treffen. Wir können aber weder die eine, noch die andere Ansicht adoptiren und finden, dass O. auf einer völlig richtigen Mittelmeinung steht. Die Frage ist bei Berathung des Dresdener Entwurfs lebhaft ventilirt worden und hat schliesslich zu dem Art. 367, dem Vater unseres Absatzes 2, Art. 131 geführt: «Die Aufrechnung ist nicht ausgeschlossen, wenn die zur C. gebrauchten Gegenforderungen bestritten sind. Dies gilt selbst dann, wenn die bestrittene Gegenforderung nach processrechtlichen Bestimmungen nur im abgesonderten Verfahren geltend gemacht werden kann». Es wird demnach eine Trennung gemacht zwischen der materiell-rechtlichen und processualischen Seite, und dies ist auch der Sinn von Absatz 2, Art. 131. Spricht sich doch das Bundesgericht ganz entschieden dahin aus: «Das O. enthält über die processuale Geltendmachung der C.-Einrede keine Bestimmungen[1]». Das kantonale Processrecht kann demnach Bestimmungen über Einreden überhaupt aufstellen, kann vorschreiben, dass dieselben in gewissen Stadien des Processes überhaupt nicht mehr zulässig seien und nur soweit ist auch die Frage der Zulässigkeit der C.-Einrede, auch der illiquiden, Sache des Processrechtes, weiter nicht; ob die compensable Forderung an und für sich dem Erfordernisse der Liquidität entsprechen müsse, dies zu entscheiden, ist Sache des Civilrechts, welches sämmtliche Erfordernisse und Voraussetzungen aufzustellen hat.

---

[1]) E. d. B.-G. XII Nr. 30. Urtheil vom 14. Mai 1836 in Sachen Lederrey.

König in seinen Vorlesungen, Schneider und Fick in Anm. 3 zu Art. 131, Haberstich I, p. 266, sprechen sich nun dahin aus, dass speziell nach Absatz 2, Art. 131 O. das Requisit der Liquidität nicht erforderlich sei. Dieser Meinung ist beizutreten. Expressis verbis ist freilich nirgends gesagt: Die Gegenforderung braucht nicht liquid zu sein. Absatz 1 zählt in positiver Form sämmtliche Erfordernisse der C. auf: Rechtsbeständigkeit, Gegenseitigkeit, Gleichartigkeit, Fälligkeit, weiter nichts, und erst Absatz 2 bringt als Zusatz: «Der Schuldner kann die Verrechnung geltend machen, auch wenn seine Gegenforderung bestritten wird». Bestrittenheit ist nicht Illiquidität; dennoch wird man dazu gelangen, in diesem Zusatze die Negirung des Erfordernisses der Liquidität zu finden. Taucht doch die Frage, ob eine Forderung liquid sei, erst mit deren Bestreitung auf! Nach Art. 138 tritt C. nur durch Willenserklärung des Schuldners ein; mag diese nun gerichtlich oder aussergerichtlich geschehen, immer ist sie genügend zum Erlöschen der beiden Forderungen. Im Falle der aussergerichtlichen Erklärung kann der Gläubiger die Befugniss seines Schuldners zur C. negiren, weil er die Forderung selbst bestreitet, und es in Folge dessen zum Processe kommen, wo Kläger wieder auf die C.-Einrede mit Bestreitung replizirt. Ganz gleich gestaltet sich die Sache, wenn Beklagter im Processe erst sich auf C. berufen und dadurch die Aufhebung des klägerischen Anspruchs bewirken will, und Kläger nun erst hier die Gegenforderung bestreitet. Gerade aus diesem Umstande, dass die Bestreitung erst hier im Processe von Einfluss ist, somit erst hier die Frage der Liquidität erscheint, ist es auch erklärlich, dass sie oft als eine rein processualische aufgefasst wird. Absatz 2 wäre an und für sich gar nicht nöthig gewesen, weil in dem Nichtaufzählen des Requisits der Liquidität in Absatz 1 klar genug dessen Fallenlassen zu Tage trat. Da man aber die nicht unbegründete Besorgniss hegen

mochte, es könnte dies fälschlich dahin ausgelegt werden, als sei die Frage eine von der kantonalen Processordnung beliebig zu lösende, hat man sich bewogen gefühlt, in Nachahmung des Dresdener Entwurfs [1]) den Zusatz 2 aufzustellen. Er bedeutet nun: Der Richter muss die C.-Einrede unbedingt zulassen, sobald sie der betreffenden Processordnung zufolge zur richtigen Zeit gemacht worden ist, d. h. nicht etwa in einem Momente, wo das Einrederecht überhaupt schon erloschen ist. Sobald natürlich der Kläger bestritten hat und *erst dann*, wenn er dies gethan, sei es, dass er die Gegenforderung überhaupt nicht als existent anerkennt; sei es, dass er ihren bereits erfolgten Untergang behauptet; sei es, dass er die vom Gegner angegebene Höhe bestreitet, liegt dem Schuldner die Beweislast ob; er hat dem Richter gegenüber Beweis anzutreten im Umfange der Bestreitung. *Ob dieser Beweis nun sofort erbracht werden kann oder nicht, d. h. ob seine Forderung liquid ist oder nicht, das ist nach O. vollständig indifferent.* Die Bestreitung entzieht dem Beklagten sein C.-Recht nicht, sie legt ihm nur die Pflicht des Beweises ob, und bietet er diesen an, so muss der Richter darauf eingehen, mag die Klarstellung sofort möglich sein oder nicht; es ist ja dem Gesetze nach nicht erforderlich, dass seine Forderung dem materiell-rechtlichen Requisite der Liquidität entspreche. Aufgabe des Richters ist es dann, nach Schluss der Beweisführung zu entscheiden, ob dieselbe gelungen ist oder nicht; ob somit die Bestreitung begründet war oder nicht, kurz, ob eine Forderung, wie sie Art. 131 zur C. verlangt, vorhanden gewesen ist oder nicht. So gelangen auch wir zu dem Schlusse, es sei nach O. Liquidität nicht erforderlich [2]).

[1]) Vgl. die Protokolle des Dr. E., p. 4244 ff.
[2]) Es mag vorläufig an diesen Erörterungen genügen; Abschnitt IV wird der passende Ort sein, etwas näher darauf einzugehen, wie sich das materielle C.-Recht im Processe und bei der Betreibung gestalten wird.

Es sind oben [1]) die Gründe angegeben worden, welche Justinian bewogen haben mögen, das Erforderniss der Liquidabilität aufzustellen; es mögen hier auch die Gründe Platz finden, welche die Ursachen zum totalen Umschwung in den Ansichten über die Liquidität waren. Wenn es schon Aufgabe der Processrechtspflege ist, Streitigkeiten möglichst rasch und damit auch möglichst billig zu beendigen, so darf doch keine Partei einseitig darunter leiden. Was nützt ein Erkenntniss, welches nur vorläufig die eine Partei befriedigt, die andere nicht, und welches also nur eine Halbheit ist? Wenn, wie unbestritten, das Recht der C. darauf beruht. dass der Schuldner wider seinen Willen nicht leisten müsse, was er selbst wieder fordern darf, so ist doch dieses Recht vorhanden, ob er es nun sogleich klar vor Augen stellen kann, oder erst durch Berechnung, durch Sachverständige u. s. w. bewiesen werden muss; wenn der Kläger davor geschützt werden soll, in Verwirklichung seines Anspruchs durch den Beklagten chikanirt zu werden, was durch Behaupten einer compensabeln Gegenforderung geschehen kann, so hat doch Beklagter mindestens ebenso viel Recht, bei Aufstellen eines Gegenanspruchs vor Chikanen des Klägers beschirmt zu werden, die gerade durch Leugnen und Bestreiten derselben seitens des Klägers geschehen können! Ist der Anspruch des Klägers ein illiquider, so wird dem Beklagten kaum das Recht verweigert werden können, mit einer ebenfalls illiquiden Gegenforderung zu compensiren; weigert man ihm dieses Recht, sobald die klägerische Forderung liquid ist, resp. durch sein Anerkenntniss begründender Thatsachen leicht liquid gemacht werden könnte, so zwingt man ihn, zur Chikane zu greifen, auf alle möglichen Arten die eingeklagte Forderung zu bestreiten, sie damit zu einer illiquiden zu

---

[1]) § 11 a. Anfange.

machen, um nur seinerseits das C.-Recht nicht zu verlieren![1])

Wenn man die Alternative stellt: Will man lieber einen raschen, billigen Entscheid von zweifelhafter Güte, oder will man lieber die bestmögliche, gründlichste Entscheidung, die ein grösseres Opfer an Zeit und Geld erfordert, so wird man sich wohl für das letztere, und damit für das Fallenlassen des Requisits der Liquidität entschliessen müssen.

Die gleichen Gründe aber, welche für ein Aufgeben der Liquidität plaidiren, sprechen auch gegen die Aufstellung des Erfordernisses der Liquidabilität. Es ist gar nicht einzusehen, wesshalb die Einrede der C. andern Einreden gegenüber stiefmütterlich behandelt werden sollte; wesshalb man hier von einem solchen Erfordernisse im ordentlichen Processe nicht spricht, wohl aber dort es verlangt. Es ist anderseits auch nicht zu übersehen, dass jede Processordnung, soll sie einigermassen eine gute genannt werden können, genügend allgemeine Vorschriften und Sicherheiten treffen kann, um zu spätes, unmotivirtes Einbringen von Einreden, um absichtliche «Trölerei»[2]) schon im Keime zu ersticken[3]).

---

[1]) In treffender Weise spricht sich denn auch der Bericht der ständeräthlichen Commission vom 31. Mai 1880, p. 15, in diesem Sinne aus: „Durch Art. 129, 2 (des E. vom Juli 1879, jetzt 131 2) ist die veraltete Anschauung beseitigt, dass für eine Gegenforderung, sobald sie nur von dem anfordernden Theile bestritten wird, die Verrechnung nicht geltend gemacht werden könne, wonach es dabei in der Willkür des fordernden Theiles liegt, sich für seine Forderung bezahlt zu machen, und dem andern Theile, dessen Guthaben aus den wichtigsten Gründen bestritten wird, dafür das Nachsehen zu lassen."

[2]) Wie der gesetzliche Ausdruck auch lautet, z. B. St. Gall. Civilprocess Art. 129, c.

[3]) Vgl. die oben kurz ausgeführte Darstellung der C. nach R. C. P. O. § 11 und des Fernern Abschnitt IV, §§ 18, 19.

II. Abschnitt.

Die Compensation im Concurse.

§ 13.

Schon oben ist bemerkt worden, dass das klassische römische Recht für den Fall der C. im Concurse (deductio) von den sonst verlangten Erfordernissen der Gleichartigkeit und Fälligkeit absah [1]). Unerklärlicher Weise ist dies vollständig verschwunden zur Zeit Justinian's, sodass nach dem Corpus juris kein Unterschied mehr besteht zwischen der C. schlechthin und derjenigen im Concurse. Von dieser Auffassung entfernte man sich im Laufe der Zeit immer mehr und mehr, und die neuesten Gesetzgebungen [2]) haben eingehende Bestimmungen getroffen, welche das Recht der C. hier zum Theil erweitern, zum Theil einschränken.

Da manche Fragen hier nur im Anschlusse an das eigentliche Concursrecht gelöst werden können, so gestaltet sich die Darstellung für unsere schweizerischen Verhältnisse etwas eigenthümlich. Bis zur Zeit besteht noch kein Bundesgesetz über Betreibung und Concurs, obwohl dem Bunde die Competenz zur Erlassung eines solchen durch Art. 64 B.-V. eingeräumt worden ist. Um allfälligen Streitigkeiten darüber, ob die C. im Concurse nach O. oder nach kantonalem Concursrechte behandelt werden müsse, zu entgehen, sind entgegen sämmtlichen Entwürfen bei der Berathung des O. in der Bundesversammlung die Art. 136 und 137 eingeschaltet worden, obwohl sie eigentlich dem Concursrechte angehörten. Es kann nicht Aufgabe unserer Darstellung sein, zu zeigen, wie sich diesen Bestimmungen gegenüber die verschiedenen, kantonalen Concursordnungen verhalten, sondern wir legen ihr den Entwurf eines «Bundesgesetzes über

---

[1]) Oben § 1.

[2]) Vgl. z. B. Reichs-K.-O.

Schuldbetreibung und Concurs» zu Grunde, und bemerken, dass die hier einschlägigen, anderweitigen Bestimmungen — Art. 218 und 219 E. sind wörtlich gleich mit Art. 136, 137 O. — in den verschiedenen Commissionsentwürfen im Allgemeinen keine Aenderungen erfahren haben[1]).

Die C. verlangt nach herrschender Ansicht und nach O. Art. 138 zu ihrer Verwirklichung eine Thätigkeit der Partei, mag diese aber schon eingetreten sein oder nicht, immer ist daran festzuhalten, dass der C.-Berechtigte von dem Augenblicke der Compensabilität an ein wohlerworbenes Recht hat, compensiren zu können, welches ihm weder durch Cession, noch auch durch den Concurs entzogen werden soll. Die Möglichkeit zur C. findet aber zeitlich hier ihre natürlichen Grenzen. Mit der Eröffnung des Concurses verliert der Schuldner das Recht, über sein Vermögen zu verfügen und dasselbe zu verwalten; mit diesem Augenblicke löst sich gleichsam diese Vermögensmasse ab von der Person des Cridars, und bildet die Concursmasse, welche nun dazu dienen soll, die zur Zeit der Eröffnung vorhandenen Gläubiger zu befriedigen; nur für diese und nicht für spätere Gläubiger des Cridars ist die Masse bestimmt, und es muss desshalb hier die C. ihre Grenze finden. Wann dieser Moment eingetreten, d. h. wann der Concurs auch Dritten gegenüber als eröffnet gilt, bestimmen bis jetzt noch die kantonalen Concursordnungen. Nach dem Entwurfe wird das vom zuständigen Gerichte ausgesprochene Erkenntniss der Concurseröffnung dem zuständigen Betreibungsbeamten (Concursamte) von Amtswegen mitgetheilt[2]); der Aussenwelt gegenüber aber kann der Concurs erst eröffnet gelten mit der Bekanntmachung durch diesen Beamten im kanto-

[1]) Der Entwurf des Bundesrathes vom 23. Febr. 1886 ist in der letzten Session 1886 vom Ständerath durchberathen worden, und diese Frühlingssession April 1887 zur Berathung im Nationalrath gelangt.

[2]) Art. 290 E.

nalen Amtsblatte [1]); sind ihm die Gläubiger nach Namen und Wohnort bekannt, so erhalten sie überdies Exemplare der Bekanntmachung extra zugesandt (E. Art. 237). [2])

Wenn irgend wo, so zeigt sich im Concurse die Billigkeit, welche in der C. liegt. Resultat eines Concurses ist ja regelmässig, dass die Gläubiger nur eine verhältnissmässige Befriedigung erhalten. Wer nun gleichzeitig Gläubiger und Schuldner des Cridars ist, von dem kann man nicht verlangen, dass er seine Schuld voll einzahle, für seine Forderung aber mit einer procentualen, oft minimen Summe sich zufrieden gebe. Das C.-Recht zeigt sich hier von einer neuen Seite, eine seiner Eigenschaften tritt hier hell an's Licht: es zeigt den vollständigen Charakter eines Deckungs-, Sicherungsmittels, ist hier zusammenzustellen mit Retentions- und Pfandrecht, als das stärkste der Dreie. Es ist dies auch die übliche Anschauung in der Geschäftswelt; man spricht von einer Deckung durch Gegenforderungen, man sei gesichert auch für den Fall eines Concurses durch eine Gegenforderung, ja die Creditirung einem nicht ganz sichern Zahler gegenüber geschieht sehr oft nur auf Grund dieser Sicherheit. Wie der Retentionsberechtigte und der Pfandgläubiger sich an die spezielle Sache halten und sich damit, abgesondert von den übrigen Gläubigern, befriedigen, so auch der C.-Berechtigte, welcher nun seine eigene Schuld benützt, sich in deren Umfang wenigstens völlig und auch abgesondert zu befriedigen. Aus diesen Auseinandersetzungen schon ergibt sich die Lösung der Frage, ob der zur C. berechtigte Gläubiger seine Forderung im Concurse anmelden, sich in das Verfahren einlassen müsse? R.-K.-O.

---

[1]) Art. 236.

[2]) So auch gemeines Recht. Dernburg 430. Vgl. Seuff. Arch. XXIX, Nr. 290. Anders lautet der Antrag der ständeräthl. Commission vom 24. Okt. 1886 Art 203: „Mit dem Concurserkenntniss gilt der Concurs als eröffnet", eine Bestimmung, die, wenn sie auch Dritten gegenüber gelten sollte, unbedingt zu hart wäre und den kritischen Zeitpunkt viel zu früh ansetzte.

trifft hier die positive Bestimmung[1]): Soweit ein Gläubiger zu einer Aufrechnung befugt ist, braucht er seine Forderung im Concursverfahren nicht geltend zu machen. In der Schweiz ist die Frage noch eine offene, zum Theil, wie in Bern, eine viel bestrittene. Der Entwurf spricht sich leider darüber nicht aus, und es ist fraglich, ob eine Einlassungspflicht sich ergibt aus Art. 236, 2, 4 E[2]). Wir möchten die Frage in verneinendem Sinne beantworten mit Rücksicht auf die obigen Ausführungen, auf die Bestimmung des Entwurfs, wonach eine Präclusion nicht mehr stattfindet, dann aber vor allem auf Grund von O. Art. 138. Darnach genügt jede aussergerichtliche Erklärung zur Herbeiführung der C.; somit ist es vollständig genügend, wenn der Compensationsberechtigte eine solche dem Concursverwalter gegenüber abgibt[3]). Es kann aber gerade jetzt, so lange die Frage noch unentschieden ist, dem Gläubiger nicht verargt werden, wenn er aus Vorsicht seine Forderung anmeldet; hierin einen Verzicht auf die C. zu sehen, wäre völlig falsch! Wir gehen noch weiter: Der Gläubiger und Schuldner in einer Person kann ruhig abwarten, bis er von der Masse belangt wird und dann die ihm verbliebene C.-Einrede entgegenstellen!

Entsprechend dem Charakter der C. als eines Deckungsrechtes im Concurse und entsprechend dem Einflusse des Concurses überhaupt auf Forderungen, erweitert sich die Befugniss dahin, dass selbst dann, wenn vor dem Concurse nur schon die Möglichkeit zu einer spätern C. gegeben war, ihrer Verwirklichung aber noch gewisse Hindernisse entgegen standen, diese Schranken nun hinwegfallen; verengt sie sich anderseits da, wo specielle

---

[1]) § 46 R.-K.-O.

[2]) Bestimmt, dass die Concursbekanntmachung enthalten solle eine Aufforderung an die Gläubiger und Schuldner, ihre Forderungen nebst Belegen resp. Schulden anzumelden, anzuzeigen.

[3]) Concursverwalter ist der Betreibungsbeamte selbst oder ein von der Gläubigerversammlung selbst Gewählter, Art. 242 E.

Umstände eine Ausschliessung der sonst zulässigen C. fordern. Bestimmungen letzterer Art sind nicht bloss dispositiver Natur, sie sind jus cogens, so dass ein Umgehen derselben durch C.-Vertrag unmöglich ist.

a) Civilrechtlich wird zur C. Gleichartigkeit der Forderungen verlangt. Anders im Concurse. Nach E. Art. 217[1]) «werden Forderungen, welche nicht auf einen Geldbetrag gerichtet sind, von Rechtswegen in Geldforderungen von entsprechendem Werthe umgewandelt». Damit ist die verlangte gegenseitige Gleichartigkeit hergestellt, und man kann demnach alle Forderungen einer Geldforderung der Masse gegenüber zur C. verstellen.

b) Betagte und bedingte Forderungen. Schon O. Art. 136 bestimmt, dass C. mit nicht fälligen Forderungen im Concurse zulässig sei[2]). Diese Erweiterung ergibt sich von selbst aus dem materiellen Concursrecht, wonach nicht fällige Forderungen durch die Concurseröffnung fällig werden[3]). Kann also der Gläubiger die wirkliche Erfüllung der Masse gegenüber jetzt schon verlangen, so muss er auch das Recht haben, sie schon jetzt zur C. zu verwenden. R.-K.-O. macht keinen Unterschied zwischen betagten und bedingten Forderungen und lässt C. auch mit letzteren zu. Um aber die Masse und damit die Gläubigerschaft für den Fall der Deficienz der Bedingung nicht vielleicht zu Schaden zu bringen, bestimmt § 47, dass der Compensirende nur Sicherstellung für die spätere C. beanspruchen dürfe[4]). — Es ist für unser Recht nicht recht einzusehen, warum E. Art. 216 bestimmt, es seien

---

[1]) Vgl. auch R.-K.-O. § 49, Absatz 1 u. 4, § 62.

[2]) „Im Concurse können die Gläubiger ihre Forderungen, auch wenn sie nicht fällig sind...... verrechnen“. Uebereinstimmend E. Art. 218.

[3]) Art. 214 des E.

[4]) „Zum Zwecke der Aufrechnung einer aufschiebend bedingten Forderung bei dem Eintritt der Bedingung kann der Gläubiger Sicherstellung in so weit verlangen, als die Forderung der von ihm einzuzahlenden Schuld gleichkommt“. § 47.

suspensiv bedingte Forderungen und solche mit unbestimmtem Verfalltag zum vollen Betrage im Concurse zuzulassen, der auf sie entfallende Betrag aber bis zur Erfüllung resp. Fälligkeit zu deponiren, also hier keinen Unterschied macht, dann aber in Art. 218 entsprechend O. Art. 136 C. mit nicht fälligen Forderungen zulässt, die suspensiv bedingten aber nicht erwähnt und sie damit ausschliesst. Es ist ja klar, dass C. mit einer bedingten Forderung nicht möglich ist, so lange die Bedingung schwebt. Das Recht auf Deckung aber, welches gerade im Concurs dem Gläubiger zusteht, auch demjenigen, der vorerst nur die Möglichkeit auf C. hat, sollte soweit berücksichtigt werden, dass in entsprechender Höhe Sicherheit bestellt würde. Er würde dann bei Eintritt der Bedingung bis zur Höhe seiner Schuld an den Cridar volle Befriedigung, für den Rest die allen Massegläubigern zukommende theilweise erhalten können. Ob nicht vielleicht doch die Praxis, gestützt auf Art. 216, 2, dazu kommen wird, C. auch hier zuzulassen?

§ 14.

Fortsetzung.

So entgegenkommend die neuere Gesetzgebung einem wirklich C.-Berechtigten gegenüber ist, insoweit rechtliche und Billigkeits-Gründe für Berücksichtigung sprechen, so sehr hütet sie sich davor, jenes das ganze moderne Concursverfahren tragende Princip der bestmöglichen Gleichstellung sämmtlicher Gläubiger zu verletzen.

a) Die Forderung an den Gemeinschuldner ist erst nach Eröffnung des Concurses erworben worden. Hier ist C. ausgeschlossen [1]). Es ist gleichgültig, ob dieser Erwerb ein originärer oder derivativer war. Erstern Falls ist der Ausschluss im Concursrecht begründet, die Masse dient zur Befriedigung derjenigen Gläubiger, welche zur

[1]) R.-K.-O. 348, Nr. 2. O. Art. 136, Nr. 2. E. Art. 218, Nr. 2.

Zeit der Eröffnung des Concurses vorhanden sind; eine erst später entstandene Forderung an den Cridar ist kein Masseanspruch, berührt dieselbe absolut nicht, folglich ist auch C. mit einer Schuld an die Masse unmöglich. Für den zweiten Fall haben praktische Gründe den Ausschlag gegeben. Es ist eine Thatsache, dass bei Concurs in unzähligen Fällen unsaubere Spekulationen unterlaufen. Mit dem Concurse, dessen Resultat die dem Cridar näher stehenden Personen schon ziemlich berechnen können, verlieren die Forderungen an den Gemeinschuldner an Werth, was der genau unterrichtete Schuldner dazu benützt, um sie zu Spottpreisen anzukaufen und zur C. zu verwenden. Damit schädigt er die Masse, resp. sämmtliche Gläubiger, und verschafft sich Vortheil, indem er auf sehr billige Weise seinen Verbindlichkeiten nachkommt, verschafft auch oft denjenigen Vortheil, welche in Kenntniss der Verhältnisse gemeinsam mit ihm operiren, ihm ihre Forderungen abtreten, weil sie nun zu höherem Preise vom Kaufenden befriedigt werden, und sich nicht mit einem minimen Procentsatz begnügen müssen. Z. B.: A schuldet Cridar X 10,000; dieser dem B auch 10,000. Die Masse reicht nach einer Schätzung des B zu einer Befriedigung der Gläubiger mit 25 %, demnach erhielte er 2500. Er cedirt nun dem A seine Forderung für 5000, macht also 2500 Profit; A compensirt der Masse gegenüber, hat also eine wirkliche Ausgabe von 5000 statt 10,000 und die Gläubigerschaft ist um 7500 geprellt. All' diese Nachtheile werden durch die obige positive Bestimmung vermieden; C. ist hier unbedingt und in jedem Falle ausgeschlossen.

Es reiht sich hier folgender interessanter Fall ein, welcher gerade im Concurse eines Kaufmanns häufig vorkommen kann: X hatte auf Y vor Eröffnung des Concurses einen Wechsel auf 1000 gezogen und war derselbe acceptirt worden, worauf X ihn weiter begab. Zur Zeit der Concurseröffnung (über X) befand er sich in den Händen

eines Dritten, und Y löste ihn auf dem Wege des Regresses von diesem ein. Er war aus irgend einem Geschäfte dem Cridar 1000 schuldig, und von der Masse auf diese Schuld belangt, will er nun mit seiner Wechselforderung compensiren Der Fall erledigt sich durch die Entscheidung der Frage, ob die Wechselforderung als bereits bestehend oder als im Moment der Wiedereinlösung neu entstanden zu betrachten sei. Die C. dürfte mit zwei neuern Urtheilen auch für O. in ersterem Sinne zu bejahen sein[1]). Die Entscheidung des R. O. H. G. enthält folgendes Präjudiz: «Der Anspruch des Indossanten, welcher den von ihm begebenen Wechsel im Regresswege wieder eingelöst hat, sowohl gegen die Vormänner wie gegen den Acceptanten, ist nicht als ein erst mit der Einlösung unter dem Gesichtspunkt eines neuen Geschäftes oder eines Erwerbs der Forderung des Nachmanns anzusehen, hat vielmehr seinen Rechtsgrund in demjenigen Wechselnexus, in welchen der Indossant selbst beim Umlauf des Wechsels als Berechtigter getreten war. Der hierdurch einmal für die Person des Indossanten begründete Anspruch ist durch die Weiterbegebung des Wechsels *nicht* erloschen, vielmehr an die Wiedereinlösung desselben nur als an eine Voraussetzung seiner Geltendmachung geknüpft zu erachten» — Die weitere Uebertragung des Wechsels berührt den einmal entstandenen Anspruch nicht; getrennt von diesem besteht ein Schuldverhältniss aus dem Indossament, und nur dieses wird durch den Regress aufgehoben; es wird nicht das Forderungsrecht an den Acceptanten rückübertragen, sondern nur der Besitz des Wechsels, um auf Grund dieser Urkunde ein schon bestehendes, selbstständiges Recht geltend zu machen.

b) Anders verhält es sich, wenn der Schuldner des Cridars nach Eröffnung des Concurses Gläubiger der Masse

---

[1]) Obertribunal zu Berlin in Seuff. Arch. N. F. V, Nr. 174, und R. O. H. G. in Seuff. Arch. N. F., Nr. 233.

geworden ist. Es hat z. B. A von dem Kaufmann B Waaren bezogen. B geräth in Concurs und sein Geschäft wird für die Masse in einem von A gemietheten Lokale fortgesetzt. Hier ist C. zulässig und richtet sich ganz nach Civil-Recht.

c) Die Schuld des Gläubigers ist erst nach der Eröffnung des Concurses entstanden, sei es an den Gemeinschuldner oder an die Masse. Hier ist C. ebenfalls unzulässig [1]). Der Gläubiger kann nach dem Ausbruch des Concurses nur noch eine quotenmässige Befriedigung aus der Masse verlangen. Würde ihm mit einer später entstandenen Schuld C. gestattet, so würde es der Gleichstellung sämmtlicher Gläubiger widersprechen, erhielte er volle, abgesonderte Befriedigung aus einem Theile der Masse. So, wenn ein Gläubiger des Cridars später aus der Concursmasse Waaren kauft, muss er den Kaufpreis voll bezahlen, für seine Forderung aber erhält er nur die Concursdividende [2]).

d) Es ist eine bekannte Thatsache, dass man, besonders in der kaufmännischen Welt, schon bedeutend früher vor der Concurseröffnung die precäre Lage des künftigen Cridars, seine Zahlungsunfähigkeit erfährt, und es liegt in einem solchen Falle besonders für diejenigen, welche mit grösseren Summen betheiligt sind, die Versuchung sehr nahe, möglichst viel aus dem Zusammenbruch zu retten, vielleicht noch durch unsaubere Spekulationen Profit zu machen. Es kommt daher oft vor, dass das unter «a» gezeigte Verfahren schon früher Platz griff, ein Schuldner schon vor Eröffnung des Concurses in Kenntniss jener Zahlungs-Unsicherheit und Unfähigkeit Forderungen erwirbt, sei es, um allein oder in Gemein-

[1]) Art. 136, 2 O.: „Jedoch ist die C. ausgeschlossen: ....2) wenn ein Gläubiger des Gemeinschuldners erst nach der Concurseröffnung Schuldner desselben oder der Masse wird.“

[2]) So auch Seuff. Arch. XXII, Nr. 103; E. d. R.-G. I, Nr. 125.

schaft mit Andern Vortheil daraus zu erlangen, wodurch natürlich die Masse beeinträchtigt würde. Nach gemeinem Recht war hier kein anderes Schutzmittel gegeben als die lex Anastasiana; die actio Pauliana ist auch hier wieder ein völlig ungenügendes Sicherheitsmittel, da sie als Voraussetzung ein doloses Handeln des Cridars hat, hier also nur anwendbar wäre, wenn der Cridar mit dem Erwerber der Forderung zusammenwirken würde. Weil die neuern Gesetzgebungen die lex Anastasiana völlig beseitigt haben[1], stellte man besondere Bestimmungen auf, um jenem Missbrauche entgegenzutreten. Nach Art. 137 (E. 219) steht hier der C. gegenüber der Concursmasse resp. den Gläubigern ein Anfechtungsrecht zu, und «der Richter entscheidet darüber unter Würdigung der Umstände nach freiem Ermessen». So wird er vor Allem eine C. ausschliessen, wenn nachgewiesen ist, dass der Schuldner die Forderung bedeutend billiger erworben hat, als ihr Betrag ist; wenn ein Zugeständniss der Zahlungsunfähigkeit durch den nachherigen Cridar ihm gegenüber stattgefunden hat; wenn ihm bekannt war, dass jener aus solchen Gründen sein Geschäft geschlossen hat etc. Diese Klage ist aber u. E. nicht als actio Pauliana aufzufassen[2]; sie ist ihr analog, entbehrt aber gerade des der Pauliana charakteristischen Umstandes, dass der Cridar doloser Weise bei der anzufechtenden Handlung betheiligt war, und es liegt in Art. 137 keine Ausnahme von Art. 889. — In allen diesen Fällen ist nach R.-K.-O.[3]) C. zulässig, «wenn der Erwerber zur Uebernahme der Forderung und zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet war, und zu der Zeit, als er die Verpflichtung einging, weder von der Zahlungseinstellung, noch von dem Eröffnungsantrag Kenntniss hatte»; eine Ausnahme, die nach O. und E. jedoch nicht zulässig ist[4].

[1]) D. H. G. B. Art. 299 und auch O.
[2]) So Schneider und Fick, Anm. 1 zu Art. 137.
[3]) R.-K.-O. § 48, 3, Abs. 2.
[4]) So auch Schneider und Fick, Anm. 3 zu Art. 136 O.

Nach Art. 1188 Code civil werden durch den Concurs die Schulden des Cridars fällig; eine C. findet aber doch nicht statt, weil mit der Concurserklärung der Schuldner nicht mehr bezahlen, «also auch nicht mehr compensiren kann»[1]). Viel weiter als O. Art. 137 geht Art. 446 «Loi sur les faillites et banqueroutes»[2]). Demnach ist *jede* C. mit fälligen und nicht fälligen Schulden nichtig, wenn sie geschehen ist nach dem gerichtlich festgestellten Tag der Zahlungseinstellung oder *10* Tage vor diesem Zeitpunkt[3]). Diese Vorschrift geht viel zu weit und ist viel zu hart, und in den Berathungen der französischen Kammer im März 1884 über die Reform dieses Gesetzes wurde denn auch vorgeschlagen: supprimer l'annulation des actes faits dans les dix jours qui ont précédé la date de la cessation des paiements. Nous sommes ici d'accord avec le projet du Gouvernement[4]).

e) Die Forderung des Gläubigers ist fällig, noch nicht aber diejenige des Cridars. Nach R.-K.-O. § 47 ist hier C. zulässig; es macht keinen Unterschied, ob beide Forderungen noch nicht fällig waren, oder nur die eine nicht, mag diese dem Cridar oder dem Gläubiger zustehen. Bezüglich unseres Rechts gibt weder O. noch E. darüber Aufschluss. Haberstich[5]) ist gleicher Ansicht für O., will C. zulassen, und ihm ist beizustimmen. O. Art. 136 schliesst C. nur aus, wenn die Forderung der Masse erst nach der Concurseröffnung entstanden ist; hier aber ist

---

[1]) Laurent 422 ff. vor allem Cassation 9 Juillet 1860.

[2]) Vom 28. Mai 1838.

[3]) „Sont nuls et sans effet, relativement à la masse, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses paiements, ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque .... tous paiements, soit en espèces, soit par transport ... *compensation* ... et pour dettes échues tous paiements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce."

[4]) Documents parlementaires, Chambre, Mars 1884, p. 238.

[5]) a. a. O. p. 269.

sie schon vor jenem Momente entstanden. Es darf der Gläubiger durch den Concurs sein Recht auf C. nicht verlieren; er hat das Mittel, sich für seine Forderung zu befriedigen, in Händen durch eine Schuld an den Cridar, und wird daher ruhig abwarten, bis die Masse ihn nach eingetretener Fälligkeit belangt, ähnlich wie bei der Cession [1]). Wollte man C. nicht zulassen auf Grund der noch nicht eingetretenen Fälligkeit, so würde man den Schuldner einfach zwingen, auf den *dies*, der doch meistens pro debitore ist, zu verzichten und damit das Erforderniss der C. früher herzustellen [2]).

Aus der Natur der Actiengesellschaft ist erklärlich, dass die Actionäre zu ihr in das Verhältniss von Schuldner und Gläubiger treten können, und sich dann beide als zwei verschiedene Personen gegenüberstehen. Demnach ist eine C. nach den gewöhnlichen Regeln völlig zulässig, so auch eine zwischen Forderungen der Gesellschaft auf rückständige Actienbeträge und irgend einer Gegenforderung des Actionärs. Die Besonderheit der Einzahlungspflicht tritt erst deutlich im Concurse der Gesellschaft hervor, und es haben deutsche Gerichte übereinstimmend dann in letzterem Falle eine C. nicht zugelassen [3]), und O. hat im Anschlusse daran in Art. 136, Abs. 2, die positive Bestimmung getroffen: «Im Concurse einer Actiengesellschaft können rückständige Actienbeträge nicht mit Forderungen gegen die Gesellschaft verrechnet werden». Die praktischen Gründe liegen auf der Hand: Bei Collectiv- und Commanditgesellschaft bleibt für die Gesellschaftsgläubiger im Falle ihrer nicht vollständigen Befriedigung im Concurse der Gesellschaft der Rückgriff auf die subsidiär haftenden Gesellschafter übrig; für die

---

[1]) Siehe oben § 7.

[2]) Vgl. Seuff. Arch. II, Nr. 117, und R. O. H. G., X, p. 166 in Seuff. Arch. XXII, Nr. 97.

[3]) Seuff. Arch. XIX, Nr. 139; E. d. R. G. VI, Nr. 18. Weitere Nachweisungen bei Dernburg p. 422, Anm. 1.

Schulden der Actiengesellschaft aber haftet nur das Gesellschaftsvermögen, keineswegs aber der einzelne Actionär. Die Gläubiger contrahiren im Vertrauen auf das Actiencapital, dessen Höhe sie kennen und sollen darin nicht getäuscht werden durch eine Menge C. von Seite der Actionäre, welche ihre Beträge noch nicht völlig einbezahlt haben. Es würde dies die im Gesellschaftskapital liegende Sicherheit zu einer völlig illusorischen machen können [1]). — Die Unzulässigkeit der C. rechtlich damit zu motiviren, es fehle hier am Erforderniss der Gegenseitigkeit [2]), ist offenbar unrichtig. Dernburg nimmt nach der besondern Natur der Actiengesellschaft an, dass im Zweifel die Einzahlungen in Baar erfolgen müssen. Das Reichsgericht sieht in der Einschusspflicht des Actionärs eine Obligation ganz besonderer Art, welche vor Allem dazu dient, den Betrieb und die Zahlung der Gesellschaftsschulden zu ermöglichen [3]). Jede Art der Erfüllung muss daher unzulässig sein, welche diesem Zwecke zuwiderläuft, den Gläubigern keine Garantie mehr gibt, also auch C. im Concurse, und es wäre von Seite des Actionärs geradezu dolos gehandelt, wenn er den für allgemeine Zwecke und besonders zur Bezahlung der Gläubiger bestimmten Fonds zur Befriedigung seiner Forderung ausschliesslich verwenden, abseits, gesondert von den andern, Deckung durch C. erlangen wollte.

Im Anschlusse an diese Bestimmung führt O. die weitere Neuerung ein: «Ebensowenig können auf den Inhaber lautende Obligationen oder Coupons zur Verrechnung mit Guthaben der Gesellschaft verwendet werden». Damit hat man auf die radikalste Weise unsaubere Manipulationen verunmöglicht. Es wäre ja einem Gesell-

---

1) Zum Schutze Dritter vergleiche auch die Bestimmungen der Art. 612; 616; 618; 619; 628; 629, 3; 636; 637, 7; 638; 667; 671—674

2) So Seuff. Arch. XIX, Nr. 139.

3) Der Beweis liegt für O. in den bereits angemerkten Artikeln.

schaftsschuldner sehr leicht, derartige Papiere in Masse zu den niedrigsten Preisen aufzukaufen und andrerseits dem Massaverwalter sehr schwer, fast unmöglich, zu beweisen, dass der Schuldner erst nach der Concurseröffnung oder kurz vorher (Art. 137) Gläubiger geworden sei, weil aus solchen Werthpapieren die Zeit des Uebergangs nicht ersichtlich ist[1]). Der Ausschluss der C. schlechthin, wie er nach O. nun stattfindet, ist aber sicherlich eine zu harte und zu weitgehende Massregel; für den Fall, dass dem Schuldner der Nachweis eines frühern Erwerbs und der Unkenntniss der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft in jenem Momente gelingt, sollte C. auch hier zugelassen werden. Es ist zu bedauern, dass ein diesbezüglicher Antrag nicht durchgedrungen ist, und dass jetzt möglicherweise völlig ungerecht einem Gläubiger zu seinem Schaden das C.-Recht entzogen wird.

Was speziell den Concurs des **Vermiethers resp. Verpächters** anbelangt, so steht es im Belieben der Concursverwaltung, die Erfüllung des Contractes selbst zu übernehmen oder nicht[2]). Thut sie ersteres, so werden die von jetzt an laufenden Mieth- resp. Pachtzinse Forderungen der Masse und sind, weil erst nach der Concurseröffnung entstanden, nicht compensabel mit Forderungen

---

[1]) Haberstich, a. a. O. p. 143; Schneider und Fick, Anm. 1 zu Art. 136.

[2]) Vgl. O. Art. 231 und 314 und Art. 220 E.: Bei Verträgen auf gegenseitige Leistung .... kann die Concursverwaltung, vorausgesetzt, dass die Leistung des Gemeinschuldners nicht etwa einen rein persönlichen Charakter trägt, entweder an Stelle desselben den Vertrag erfüllen, oder auf die Erfüllung des Vertrages verzichten.... Entscheidet sie sich für die Erfüllung, so kann der andere Theil verlangen, dass ihm die der Masse auffallende Leistung sicher gestellt werde (O. Art. 96). Verzichtet dagegen die Masse auf die Erfüllung, so ist der andere Theil berechtigt, den Ersatz des ihm hieraus erwachsenden Schadens als Concursgläubiger geltend zu machen. Vorbehalten bleiben die Bestimmungen der .... Art. 288 und 315 O. (Concurs des Miethers und Pächters).

des Miethers resp. Pächters an den Cridar [1]). Freilich hat der Miether resp. Pächter dann das Recht (E. Art. 220), von der Masse Sicherheit für die ihr auffallende Leistung zu verlangen, also z. B. für eine von ihm gegebene Pachtcaution [2]).

Ist der Committent dem Commissionär gegenüber seinen Verbindlichkeiten aus dem **Commissionsgeschäft** nachgekommen, so gehen mit diesem Momente die für ihn vom Commissionär erworbenen Forderungen auf ihn über [3]). Dies gilt auch für den Fall des Concurses des Commissionärs, und wenn in einem solchen Falle der Committent eine solche Forderung aus dem Concurse herauszieht, so haben die Gläubiger des Commissionärs nicht das Recht, mit ihren Forderungen an den Commissionär dieser gegenüber zu compensiren.

Aus dem Umstande, dass alle diese aufgeführten Erweiterungen und Beschränkungen der C. beim Concurse in der Natur des Concursrechtes selbst ihre Begründung finden, ergibt sich, dass sie auch nur während des Concurses gelten können. Wird also das Concursverfahren aufgehoben, so finden die gewöhnlichen Bestimmungen des Civilrechtes Art. 131 ff. Anwendung.

III. Abschnitt.

Ausschluss der Compensation.

§ 15.

Aus der Natur verschiedener Obligationen, aus dem von ihnen erstrebten Zwecke, ergibt sich die Ausschliessung der C. ihnen gegenüber. Das römische Recht hatte schon diesbezügliche Bestimmungen aufgestellt, welche in

[1]) So auch Dernburg 438. Seuff. Arch. N. F. VII, Nr. 360 E. d. R.-G. I, Nr. 125; a. M. Seuff. Arch. IX, Nr. 235.

[2]) Spezielle Bestimmungen über C. in solchen Fällen enthält Pr. L.-R. a. a. O. §§ 324 ff.

[3]) Vgl. O. Art. 431, 400.

den neuern Gesetzgebungen Eingang gefunden haben und auch durch neue Fälle vermehrt worden sind. Diese sämmtlichen Verbote tragen keineswegs absoluten Charakter; sie sind zu Gunsten einer Partei aufgestellt, so dass sich dieselbe wider ihren Willen keine C. gefallen lassen muss; dass sie aber anderseits das Recht hat, auf die ihr gewährte Gunst zu verzichten [1]).

a) Die C. ist ausgeschlossen gegenüber einer Forderung aus einem Depositum [2]). Dieser Vertrag trägt wesentlich den Charakter eines Vertrauenscontractes; der Deponent, welcher durch die Umstände sich bewogen fühlt, eine Sache einem andern zur Aufbewahrung zu übergeben, muss in der Lage sein, über dieselbe immer so verfügen zu können, wie wenn sie noch in seinen Händen wäre; der Depositar muss ihm dieselbe sofort zurückgeben, ohne weiteres, ohne ein Hinderniss entgegen stellen zu können; er muss realiter leisten, wenn die Sache vorhanden, muss andernfalls Ersatz leisten. Einer solchen Forderung gegenüber compensiren zu wollen, widerspräche völlig dem Zwecke des Depositums, dem Willen der Vertragschliessenden, wäre ein Vertrauens- und Vertragsbruch, welchen das Gesetz nicht zulassen kann. — Gemeinrechtlich ist es bestritten, ob das C.-Verbot auch für den Fall gilt, dass der Depositar nicht mehr restituiren kann, wohl aber Ersatz leisten muss. Hier C. zuzulassen, wäre willkürlich; die Verpflichtung zum Ersatz darf nicht leichter sein, als diejenige zur Rückgabe [3]). Pr. L.-R. § 363—364 schliesst sowohl gegenüber der Forderung auf Rückgabe als derjenigen auf Ersatz die C. aus; Code civil spricht nur von Ausschluss gegenüber der Forderung auf Rückgabe, und die französische Jurisprudenz lässt denn auch,

[1]) Dies die §§ 11 u. 21 erwähnte, französische „compensation facultative".

[2]) l. 11 C. deposit. 4, 34.

[3]) Eisele p. 353 geht noch weiter: „Gegen die Klage des Deponenten ist da, wo C. möglich ist, dieselbe auch zulässig".

falls der Depositar zur Geldleistung verurtheilt wird, C. immer zu[1]). O. Art. 132 Nr. 1 bestimmt, dass wider den Willen des Gläubigers, also hier des Deponenten, C. nicht zulässig sei «gegenüber Verpflichtungen zur Rückgabe oder zum Ersatze hinterlegter Sachen». Die Worte «zur Rückgabe» finden sich in keinem Entwurf; sie sind erst in den Berathungen des Nationalraths eingefügt worden, und König in seinen Vorlesungen greift dieses Einschiebsel an als eine Bestimmung, die ja schon in der Regel des Art. 131 enthalten sei, also keine Ausnahme bilde. Es ist zuzugeben, dass diese Bemerkung richtig ist für alle Fälle des regelmässigen Depositums; denn selbst wenn fungible Sachen, z. B. Geld, deponirt werden, und die Verpflichtung auf Rückgabe derselben Sache, derselben Stücke Geldes der Natur des Depositums gemäss, geht, so sind damit die Fungibilien ihres fungibeln Charakters entkleidet, sind individualisirt worden und ist C. demgemäss schon nach Art. 131 ausgeschlossen, weil es an Gleichartigkeit und Vertretbarkeit fehlt. Diese Individualisirung findet äusserlich schon darin ihren Ausdruck, dass die Summe Geldes verschlossen in einem Pakete, die Früchte in einem zugebundenen Sacke etc. übergeben werden, so dass jenes Paket mit den damals darin befindlichen Geldstücken, dieser Sack mit diesen gleichen Früchten Gegenstand der Rückgabe bildet, also eine individuelle, nicht vertretbare Sache vorhanden ist. Für einen Fall jedoch hatte die Einschaltung eine wirkliche Ausnahme zu statuiren, für den des depositum irregulare. Es steht mitten zwischen Depositum und Darlehen; es entbehrt der Hauptmerkmale des Depositums, ist aber in seinem Zwecke verschieden vom Darlehen. Dieses geschieht im Interesse des Empfängers, jenes im Interesse des Hinterlegers, des Gebers; dieses wird erbeten, jenes angeboten. Ein derartiger Vertrag, wonach der Empfänger nur Sachen

[1]) Dernburg 514, Anm. 6.

gleicher Art und Menge zurückgeben muss, wird in Art. 484, 485 O. behandelt, und das Gesetz stellt ihn durch die Placirung in den XIX. Titel und die in den Artikeln selbst gebrauchten Ausdrücke «Hinterleger» und «Aufbewahrer» unter die Regeln des Depositums, will ihn als Depositum aufgefasst wissen. Es ist demnach hier, trotzdem die Erfordernisse des Art. 131 vorliegen würden, C. unzulässig. Der bei Abschluss eines deposit. regulare vorhandene Wille der Parteien, dem Depositar absolut kein Retentionsrecht zu geben, ist auch hier zu finden; er ist aber Grund der Ausschliessung der C. [1]) Zu beachten ist, dass die kaufmännische Sprache den Ausdruck «Depot» in einem viel weiteren Sinne auffasst, als der hier gebrauchte Begriff «depositum» besagt; für das «Depot oder Lombardgeschäft», für die «Depositen in Contocorrent», für das im «Depositengeld» liegende Darlehen auf conto a deposito, für alle diese kaufmännischen Geschäfte gilt der Ausschluss der C. nicht, da sie kein Depositum im Sinne von Art. 475 oder 484, sondern bald gewisse Arten von Pfandbesitz, bald gewisse Arten von Darlehen sind [2]). Es frägt sich, ob C. beim Giroverkehr gegenüber Guthaben auf Giroconto ausgeschlossen sei? [3]) Die Frage dürfte zu bejahen sein, weil C. auch dem depos. irreg. gegenüber unzulässig ist. In den Einlagen, welche ein Girokunde macht, und in der Bestimmung, dass die Abzüge durch Anweisungen, Cheks etc. diese Einlage nicht überschreiten dürfen, liegt ein deposit. irreg. Ihr eigenes Interesse bewegt die Girokunden zu diesem Rechtsverhältniss; sie fühlen ihre vorräthigen Gelder, Werth-

[1]) Gegen Schneider u. Fick, Anm. 1 zu Art. 484. Hafner in Anm. 1 zu Art. 132: „ohne Ausnahme des Art. 484“.

[2]) Vgl. z. B. Gareis: Das deutsche Handelsrecht, p. 452—455, 474. Er spricht sich p. 455 dahin aus, dass solche im Handelsverkehr vorkommende Depositenverträge sehr leicht in Darlehen übergehen, und im Zweifel, ob ein Geschäft ein irreguläres Depositum oder ein Darlehen sei, letzteres zu vermuthen sei.

[3]) Ueber den Giroverkehr vgl. Gareis p. 474.

papiere sicherer aufbewahrt bei einer Girobank als zu Hause, deponiren sie daher dort unter der Bedingung, jeder Zeit darüber verfügen zu können. Es ist dieser Fall wohl zu unterscheiden von dem schon angeführten der «Depositen in Contocorrent», wo die Hinterlegung völlig pfandrechtlichen Charakter hat (daher «Contocorrent mit gedecktem Credit, durch Depositen gedeckt» genannt [1]).

b) Nach Pr. L.-R. § 363 (betrifft nicht die Ersatzforderung § 365), nach Code civil art. 1293, 2, nach Oest. allg. b. G.-B. § 1440 ist C. auch ausgeschlossen beim Commodat; ein Verbot, das im röm. Recht keine Begründung hat. O. hat abweichend von den neuern Codificationen C. hier nicht für unzulässig erklärt.

c) Ausgeschlossen ist die C. bei widerrechtlich entzogenen Sachen [2]. «Spoliatus aute omnia restituendus»; wem unrechtmässiger Weise eine Sache weggenommen ist, der muss so schnell als möglich wieder zu seinem Rechte gelangen, und der Verwirklichung seines Anspruchs kann nichts im Wege stehen, was nicht die entzogene Sache selbst betrifft. Eigenmacht soll nicht geschützt werden; die Versuchung läge sonst zu nahe, auf widerrechtliche Weise sich fremder Sachen zu bemächtigen, um dann der Forderung auf Rückgabe eventuell Ersatz gegenüber mit eigenen Forderungen gleicher Art compensiren zu können. Es bestimmt daher Code civil 1293, 1: Die C. ist unzulässig im Falle der «demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé». Ebenso lautet Codice civile art. 1289, 1; auch Oest. a. b. G.-B. § 1440. Umfassender noch drückt sich O. Art. 132, 1 aus; die C. ist ausgeschlossen gegenüber «Verpflichtungen zur Rückgabe oder zum Ersatze widerrechtlich entzogener oder böswillig vorenthaltener

[1]) Vgl. E. d. R.-G. XII, Nr. 20.

[2]) l. ult. C. de comp. 4, 31.

Sachen»; selbst wenn der Besitz an und für sich ein erlaubter war, der Besitzer die Sache aber unrechtmässiger Weise vorenthält, sei es über die Zeit hinaus, oder um einen nicht gestatteten Gebrauch davon zu machen, ist eine Verrechnung nicht zulässig. Dass in diesen Fällen die Einschiebung «zur Rückgabe» eine völlig überflüssige, ja unrichtige ist, braucht nach dem unter «a» Bemerkten nicht weiter ausgeführt zu werden; es fehlt bei der Verpflichtung auf Rückgabe immer an den Erfordernissen der Gleichartigkeit und Vertretbarkeit.

d) Es gibt Forderungen, welche ihrer Natur und Bestimmung nach thatsächliche Erfüllung an den Gläubiger verlangen, welche den gewollten Zweck auf keine andere Weise erreichen können, und welchen gegenüber eine Befriedigung durch C., das gerade Gegentheil der thatsächlichen Leistung, ausgeschlossen werden muss, weil dem gewollten, specifischen Zwecke direkt entgegenlaufend. Die Quellen enthalten freilich diesbezüglich keine besondern Bestimmungen; die Unzulässigkeit der C. aber folgt, wie angegeben, aus der Natur dieser Verpflichtungen; zudem sind neuere Gesetzgebungen hier ergänzend eingetreten.

Zu diesen Forderungen gehören vor Allem Alimente, d. h. dasjenige, was zur «Erhaltung und Pflege des Körpers» nöthig ist, also Nahrung, Kleidung, Wohnung. Es ist einleuchtend, dass dem Forderungsberechtigten hier nicht gedient sein kann mit der Befriedigung durch C.; dass damit der Alimentationszweck absolut nicht erreicht wird. Pr. L.-R. § 366 schliesst C. allgemein gegen Alimentenforderungen aus; Code civil 1293, 3 (Codice 1289, 3) und auch Dresdener Entwurf Art. 365 nur insoweit die Alimentenforderung nicht beschlagnahmt werden kann. O. Art. 132, 2 macht hier keinen Unterschied; gegen Alimente ist C. schlechthin ausgeschlossen, auch der von der Doctrin aufgestellte Gegensatz zwischen Forderungen auf künftige Alimentation und solchen auf rückständige Ali-

mente, welch' letztern gegenüber C. nur unter besondern Umständen statthaft sein soll, ist nicht acceptirt, so wenig wie in den ältern Gesetzgebungen [1]).

Pr. L.-R. und Code civil sind beim Ausschluss der C. Alimenten gegenüber stehen geblieben; es ist aber ersichtlich, dass der Schutz, den man hier gewährt, für Forderungen anderer Art ebenso begründet ist; dass da, wo Forderungen aus volkswirthschaftlichen, sozialpolitischen Gründen der Pfändung entzogen sind, der Ausschluss der C. fast immer auch berechtigt sein wird. Denn worauf zielt die Unzulässigkeit der Pfändung anders hin, als diejenige der C.? Und ist der Zweck, der beiderseits erreicht werden soll, nicht völlig der gleiche? Aus Rücksichten auf das öffentliche Wohl schützt der Gesetzgeber einzelne Forderungen oder Theile derselben vor dem Entzugsrecht der Gläubiger, weil sie dem Berechtigten erhalten bleiben sollen; man verweigert ihnen gegenüber die Pfändung, und muss consequenter Weise auch die C. verweigern, wenn jener Zweck nicht vereitelt und dessen Ausführung zu einer Halbheit gemacht werden soll [2]). Es ist desshalb sicherlich in Art. 132, 2 O. ein Fortschritt zu begrüssen, da er C. in weitem Umfange ausschliesst, Verpflichtungen gegenüber, «deren besondere Natur die thatsächliche Erfüllung an den Gläubiger verlangt, zum Beispiel Alimente, nicht pfändbare Lohnguthaben, und ähnliche Ansprüche». Die Aufzählung ist keine erschöpfende und will es auch nicht sein; es wird dem richterlichen Ermessen anheimgestellt sein, im einzelnen Falle zu untersuchen, ob die Forderung gegen welche compensirt werden soll, unter die «ähnlichen Ansprüche» zu fallen habe. Zur Zeit steht es noch grösstentheils in der Competenz der kantonalen Gesetzgebung, zu bestimmen, ob und welche Lohnguthaben und ähnliche

---

[1]) Dernburg 520.

[2]) Vgl. einen Entscheid d. obersten Landesgerichts für Bayern in Seuff. Arch. IX, Nr. 95.

Ansprüche pfändbar seien oder nicht, so dass die Bestimmung des Art. 132, 2, je nachdem sehr verschiedene Ausdehnung erhalten wird; einige diesbezügliche eidgenössische Vorschriften sind jetzt schon in Kraft, und ihnen mögen hier die einschlägigen Artikel des E. beigefügt werden: 1. Bezüglich des Verhältnisses zwischen Fabrikbesitzern und Arbeitern bestimmt Art. 10 «Bundesgesetz betr. die Arbeit in den Fabriken. 23. III. 1877», dass erstere verpflichtet sind zur Baarauszahlung der Löhne in gesetzlichen Münzsorten in der Fabrik selbst; dass ohne gegenseitiges Einverständniss keine Lohnerträgnisse zu Specialzwecken zurückbehalten werden dürfen. Hier ist demnach einseitige C. von Seite des Fabrikbesitzers unbedingt ausgeschlossen. Ferner bestimmt Art. 102 E., dass «Lohnguthaben, Gehalte und Diensteinkommen irgend welcher Art, Nutzniessungen, Alterspensionen, Renten von Versicherungs- und Alterskassen gegen den Willen des Schuldners nur für den monatlich Fr. 150 übersteigenden Betrag gepfändet», folglich nach Art. 132, 2 O. nur für diesen weitern Betrag zur C. gestellt werden können. — 2. Nach Art. 7, 2 des «Bundesgesetzes betr. die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb» 1881, sind Entschädigungsforderungen und Entschädigungsgelder von der Pfändung, Arrest und Verbotnahme, und von der Concursmasse des Berechtigten ausgenommen, und in Erweiterung schliesst Art. 100, Nr. 10 E. gegenüber Pensionsguthaben und Kapitalbeträgen, welche als Entschädigung für Körperverletzung dem Verletzten, oder im Falle seines Todes dessen Angehörigen zustehen (O. Art. 52, 53, 54), die Pfändung völlig aus; alle diese Forderungen reihen sich unter den Begriff der «ähnlichen Ansprüche» und ist ihnen gegenüber C. auszuschliessen; sollen sie doch einen Ersatz bilden für die weggefallenen Alimente und dürfen daher nicht schlechter gestellt werden als diese [1].

[1]) Anders gestalten sich diese Fälle nach Reichsrecht. Zwei diesbezügliche Entscheide in Seuff. Arch. N. F. V, Nr. 128 und

— 3. Art. 18, 2 des «Bundesgesetzes über Militärpensionen und Entschädigungen» vom 12. Nov. 1874 bestimmt: «Es ist auch nicht gestattet, eine Pension zu pfänden oder sonst gegen den Willen des Berechtigten zur Befriedigung zu verwenden» und in Uebereinstimmung und Erweiterung sagt Art. 100, Nr. 8 E.: Sind der Pfändung nicht unterworfen .... die Pensionsguthaben von Bürgern, die im schweizerischen Militärdienst invalid geworden sind, sowie Pensionsguthaben von Invaliden der inländischen Gendarmerie oder von Hinterlassenen derer, die im schweizerischen Militär- oder Gendarmeriedienst verunglückt sind. Auch diese Forderungen gehören in die Kategorie der «ähnlichen Ansprüche». — 4. Art. 100, Ziff. 9 E. entzieht der Pfändung völlig: Die Unterstützung von Seiten der Wohlthätigkeitsanstalten, Hülfs-, Kranken- und Armenkassen, Sterbefallvereine u. s. w. und ist ihnen gegenüber auf Grund 132, 2 O. C. auch nicht zuzulassen. — 5. Der nämliche Artikel des E. Ziffer 7 bestimmt im Anschluss an Art. 512 O., dass der Pfändung nicht unterworfen seien die gerichtlich zugesprochenen oder durch freigebige Verfügung als unpfändbar erklärten Leibrenten: es ist auch hier C. ausgeschlossen [1]).

§ 16.

Fortsetzung.

e) Die bekannte Erscheinung, dass der Fiscus ein Schoosskind des röm. Rechtes ist, zeigt sich auch hier,

---

R. O. H. G. XXII, p. 325, angeführt in Seuff. Arch. N. F. IV Nr. 129 führen aus, dass, weil derartige Ansprüche nicht die Natur von Alimentenansprüchen haben, sie auch nicht ohne Weiteres deren gesetzliche Vorzüge haben können, ihnen gegenüber also C. zulässig sein könne.

[1]) Vgl. hiezu einen die C. gegenüber Leibrentenforderung ausschliessenden Entscheid des Trib. civil de Genève, 21 Nov. 1884, in der Revue III, Nr. 155, der einen derartigen, der Alimentation gleichkommenden Anspruch unter die „autres créances analogues" des Art. 132, 2 bringt.

wo sich die Bevorzugung zwar besser, als oft anderswo, begründen lässt: Nach röm. Recht war C. dem Fiscus gegenüber ausgeschlossen bei Forderungen auf Abgaben und andere öffentliche Leistungen, bei Forderungen auf den Kaufpreis einer von ihm verkauften Sache, bei Forderungen der einen fiskalischen Stationskasse, mit Gegenforderungen an eine andere öffentliche Kasse. Im Anschlusse daran war C. gegenüber einer Menge Forderungen der Stadtgemeinden unzulässig[1]). Von diesen Privilegien hat ein Theil auch in unsere Gesetzgebungen Eingang gefunden.

Das Pr. L.-R. § 368 enthält nur die Bestimmung, dass mit Forderungen an eine landesherrliche Casse nicht gegenüber den Forderungen einer andern compensirt werden könne. Der Code civil enthält gar keine diesbezüglichen Bestimmungen; der Praxis nach ist C. immer ausgeschlossen gegenüber Forderungen des Staates aus öffentlichem Recht; sind die beiderseitigen Forderungen Privatforderungen, so ist C. nur zulässig, wenn dieselbe Verwaltung Schuldnerin und Gläubigerin ist (d'un seul et même ministère); zu wünschen sei es, dass dieses Gewohnheitsrecht gesetzlich normirt würde[2]).

Wie die Entwürfe zeigen, hat man lange über eine Vorschrift in diesen Fällen geschwankt. Der erste Entwurf von 1871 stellte in völliger Uebereinstimmung mit Art. 371 des Dresd. Entwurfs in Art. 195 den Grundsatz auf: Gegen Forderungen des Staates oder einer Gemeinde können Gegenansprüche nur dann zur C. gebracht werden, wenn die nämliche Casse des Staates oder der Gemeinde Gläubigerin und Schuldnerin ist. Der zweite Entwurf von Fick, 1875, bestimmte in Art. 184, dass Beschränkungen des Rechts zur C. gegenüber Forderungen des

---

[1]) Vgl. z. B. Baron § 265, Note 12, 13, 14, 15, 27.
[2]) Laurent, § 466 ff.

Staates oder der Gemeinde der kantonalen Gesetzgebung vorbehalten bleiben sollten. Der dritte Entwurf von 1877 machte zum ersten Mal einen Unterschied zwischen Forderungen aus öffentlichem Recht und Privatforderungen, und die diesbezügliche Bestimmung ist denn auch in O. Art. 132, 3 beibehalten worden, wonach wider den Willen des Gläubigers eine C. unzulässig ist bei Verpflichtungen gegen den Staat oder die Gemeinde aus öffentlichem Recht. Der zweite Entwurf beruhte jedenfalls auf der Anschauung, dass man es hier mit einer staatsrechtlichen Frage zu thun hätte, welche in die Competenz der kantonalen Gesetzgebung zu fallen habe. Dass man aber von dieser unrichtigen Auffassung abgekommen, beweisen die Bestimmungen der zwei letzten Entwürfe und des jetzt geltenden Rechts. Bestimmungen über Staat und Gemeinde als Forderungsberechtigte müssen in der Competenz desjenigen liegen, der überhaupt das O. zu normiren hat; diesem allein steht es zu, aus praktischen Gründen Privilegien in diesem Gebiete zu ertheilen. Das ist hier geschehen bezüglich Forderungen des Staates oder der Gemeinden aus öffentlichem Recht. Hafner schliesst daraus [1]: Für Verpflichtungen gegen den Staat oder die Gemeinden aus privatrechtlichem Titel, bestehen keine andern als die in Ziffer 1 und 2 dieses Artikels enthaltenen Beschränkungen; gleicher Ansicht ist Haberstich [2]: Wenn dagegen Staat oder Gemeinden in privatrechtliche Beziehungen treten und auf dieser Grundlage zugleich Gläubiger und Schuldner werden, so ist die Verrechnung zulässig. Ihnen ist beizustimmen, und die Zulässigkeit der C. rechtfertigt hier der Umstand, dass öffentlichrechtliche Ansprüche im Interesse des Staates resp. der Gemeinde so schnell als möglich und ohne Hindernisse

[1]) In Anm. 5 zu Art. 132.

[2]) p. 267 a. a. O.

thatsächliche Erfüllung erfahren sollen; dass aber keine solchen Gründe für ein Privilegium bei privatrechtlichen Forderungen sprechen. Es frägt sich aber, ob diese Statthaftigkeit der C. auch dann Platz greife, wenn eine andere Casse Gläubigerin, eine andere Schuldnerin geworden ist. Das gemeine Recht im Anschlusse an l. 1 C. h. t. 4,31 und die französische Praxis schliessen C. hier immer aus; es ist aber von ihnen allgemein anerkannt, dass es hier nicht etwa an dem Erforderniss der Gegenseitigkeit fehle, sondern dass diese Bestimmung lediglich aus «administrativen Zweckmässigkeitsgründen», der Vereinfachung und Ordnung des Rechnungswesens wegen aufgestellt worden ist[1]). O. schliesst C. hier nicht aus; die Kantone könnten keine diesbezügliche Bestimmung treffen, weil nicht competent dazu, weil auch eventuelle administrative Verordnungen den gesetzlichen Vorschriften O. 131 und 132 nicht zuwiderlaufen dürfen; die praktischen Bedürfnisse verlangen aber unbedingt Unzulässigkeit der C. Dieselbe dürfte sich für unsere Verhältnisse entgegen der gemeinen Meinung rechtlich damit begründen lassen, dass die einzelnen Departements, die einzelnen Verwaltungscassen, eine sehr weitgehende administrative Selbstständigkeit besitzen, welche das Wesen der juristischen Person streift; dass sie gewissermassen als juristische Personen aufzufassen sind, womit natürlich das Requisit der gegenseitigen Gläubiger- und Schuldnerqualität fehlen würde. Wir geben gerne zu, dass diese Argumentation angreifbar ist, und können desshalb nur wünschen, dass diese Lücke im Gesetze ausgefüllt würde.

Da wir hier ein Privileg vor uns haben, so steht das Ausschliessungsrecht der C. natürlich nicht dem Staats- und Gemeindesteuerpflichtigen zu, und es kann der Staat oder die Gemeinde einer Privatforderung gegen-

[1]) Vgl. die citirte Quellenstelle; Dernburg 527; Eisele 295; Seuff. Arch. I, Nr. 203; Laurent 468.

über ganz nach freiem Ermessen mit einer Steuerforderung compensiren[1]).

f) Schon Code civil 1296 (Codice civ. 1292) bestimmt, dass eine C. zum Nachtheile eines Dritten nicht stattfinden dürfe und exemplifizirt: Ainsi celui qui, étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut au préjudice du saisissant, opposer la compensation. Eine ähnliche Bestimmung enthielt auch der Dresdener Entwurf[2]). Analog diesen beiden Vorschriften lautet O. Art. 133: «Ist eine Forderung mit Arrest belegt, so kann der Schuldner dieselbe mit einer Gegenforderung, welche er erst nach der Benachrichtigung von dem Arreste erworben hat, zum Nachtheile des Arrestnehmers nicht verrechnen.» Der Fall gestaltet sich demnach folgendermassen: A belegt eine Forderung des B an X von 1000 mit Arrest wegen seiner Forderung von 700, und zeigt die Arrestlegung dem X an. Dieser erwirbt erst hierauf eine Gegenforderung an B von 1000. Damit darf er nur zum Theile compensiren, mit 300; denn dann benachtheiligt er den Arrestnehmer nicht, weil der Rest von 700 demselben noch genügende Sicherheit bietet für seine Forderung von 700; nicht aber darf er mit seiner ganzen Forderung verrechnen. Angenommen, seine Gegenforderung betrüge nur 200, so stünde der vollen C. seinerseits gar nichts im Wege, weil sie den Arrestnehmer nicht benachtheiligen würde.

---

[1]) Vgl. Genève, Arrêt de la cour de just. civ., Février 1886 (Revue IV, Nr. 98), wo der Verwaltungsrath der Stadt Genf einer unbestrittenen Forderung gegenüber mit einer vom Kläger schuldigen Munizipaltaxe compensirt.

[2]) Art. 368: Ist eine Forderung zu Gunsten eines Dritten gerichtlich mit Beschlag belegt, so kann der Schuldner zum Nachtheil des Dritten, welcher die Beschlagnahme erwirkt hat, Gegenforderungen nicht zur C. bringen, welche er erst nach erfolgter Benachrichtigung von der Beschlagnahme gegen seinen Gläubiger erworben hat.

Unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise Arrest auf Vermögensstücke eines Schuldners gelegt werden kann, bestimmt sich bis jetzt noch nach kantonalem Rechte. (E. enthält in Art. 194—202 die einschlägigen Vorschriften.) Zweck der Arrestlegung von Seite eines Gläubigers ist Sicherung seiner Ansprüche; sie entzieht dem Schuldner die Disposition über die ihm zustehende Forderung, nimmt ihm das Recht zur Annahme der Zahlung. Die Lage des Schuldners des Impetraten ist eine der Cession analoge; hat er bereits vor der Bekanntmachung compensable Gegenforderungen, so darf sein Recht auf C. durch die spätere Arrestlegung nicht geschmälert werden. Andrerseits wäre es eine rechtswidrige Benachtheiligung des Arrestnehmers, wenn nach erfolgter Anzeige an den Schuldner und der «Anweisung, zum Nachtheile des Arrestlegers keine Zahlung zu machen»,[1]) dieser nun eine Forderung erwerben würde, welche, zur C. verwendet, seine Schuld und damit die Forderung des Impetranten verringern oder ganz aufheben würde. Er ist gezwungen, das ihm durch die Anzeige wohl bekannte Interesse des Arrestlegers zu beachten. Damit ist keineswegs verlangt, dass dadurch seine Gegenforderung für einige Zeit unwirksam gemacht werde; er hat das Recht, auf deren Erfüllung seinen Gläubiger, den Arrestimpetraten, zu belangen, dem es nun freilich unmöglich gemacht ist, seine Forderung seinerseits zur C. zu verwenden: eine reine Consequenz der Arrestlegung. Wie bei der Cession der entscheidende Moment die Denunziation, so hier bei der Arrestlegung die Anzeige derselben!

g) O. hat in Art. 128 die bestrittene Frage über die Verträge zu Gunsten Dritter endgültig entschieden. Für den Fall nun, dass der eine Contrahent die Erfüllung an den Dritten, oder dass der Dritte selbst auf Grund

---

[1]) E. Art. 198, Ziff. 4.

des nach Abs. 2, Art. 128 ihm oft zustehenden, selbstständigen Forderungsrechtes die Leistung an seine Person verlangt, bestimmt Art. 135: «Wer sich zu Gunsten eines Dritten verpflichtet hat, kann diese Schuld nicht mit Forderungen, welche ihm gegen den andern Theil zustehen, verrechnen». Die Fassung ist eine undeutliche; klarer ist der Gedanke ausgesprochen im französischen Texte, welcher das unbestimmte «Forderungen, welche ihm *gegen den andern Theil* zustehen» wiedergibt durch: avec ce que lui doit *l'autre contractant.* Verpflichtet sich also A dem B gegenüber, an C 1000 zu zahlen, und hat er seinerseits 500 an B, 100 an C zu fordern, so kann er C gegenüber nur compensiren mit der Forderung von 100 an C, nicht aber mit derjenigen von 500 an B. Haberstich [1]) findet in unserm Artikel keine Ausnahme, sondern nur die Regel: «Es fehlt hier an den Voraussetzungen der C.,» womit nur das Erforderniss der Gegenseitigkeit gemeint sein kann. Dies ist nicht für alle Fälle richtig. Nach Art. 128, 1 ist und bleibt der wahre Gläubiger regelmässig derjenige, der sich eine Leistung an einen Dritten hat versprechen lassen: er kann Erfüllung an den Dritten verlangen, dieser Dritte regelmässig nicht, weil er nicht Gläubiger geworden ist. Dennoch ist auch für diesen Fall C. ausgeschlossen, obwohl dem Art. 131 Genüge geschehen ist. Anders freilich, wenn die «Willensmeinung der Contrahenten» dahin geht, — was aber nicht der Fall zu sein braucht und auch lange nicht immer ist — dass der Dritte selbstständig fordern dürfe. Dann wird er nach Al. 2 mit der Willenserklärung selbstständiger und direkter Gläubiger und fehlt dann allerdings das Erforderniss der Gegenseitigkeit. Für diesen zweiten Fall wäre Art. 135 nicht nöthig gewesen, wohl aber ist er es für den ersten. — Die Unzulässigkeit der C. ist

---

[1]) p. 271 a. a. O.

hier vollständig gerechtfertigt: Wozu sich zu Gunsten eines Dritten verpflichten, wenn derselbe daraus keinen Nutzen zieht, da der Promittent mit seinen Gegenforderungen an seinen Mitcontrahenten compensirt? Wo blieben dann die Gunst, die generöse Zuwendung? Wenn die Verpflichtung zu Gunsten eines Dritten ernstlich gemeint ist, und das soll sie sein, so liegt in ihr tacite ein Verzicht auf C. mit Ansprüchen an den Mitcontrahenten, auch für den Fall, dass letzterer allein berechtigt sein sollte, die Leistung verlangen zu können. Dieser Verzicht soll nicht mehr rückgängig gemacht werden können, daher der Art. 135[1]).

h) Dass der Hauptschuldner nicht compensiren kann mit Forderungen des Bürgen an seinen Gläubiger, ist keine Ausnahme, ist nur eine Consequenz des Princips. Dennoch haben die meisten Gesetzgebungen die Unzulässigkeit hier noch ausdrücklich hervorgehoben: Pr. L.-R. § 329; Code civil 1294, 2; Codice civ. 1290, 2; Dresd. E. Art. 370; O. Art. 134. Die Rechtsverhältnisse des Bürgen und des Gläubigers berühren den Hauptschuldner in keiner Weise; zu einer C. fehlt es an der erforderlichen Gegenseitigkeit der Gläubiger- und Schuldnerqualität.

i) Bezüglich der Assignation (Anweisung) ist zu bemerken, dass der Assignat durch vorbehaltlose Annahme des Assignatars als Gläubiger auch seiner C.-Einrede auf Grund von Gegenforderungen an den Assignanten verlustig geht, und nur noch compensiren kann mit Gegenforderungen an den Assignatar (O. Art. 409).[2]) Anders freilich, wenn er den Assignatar unter Vorbehalt seines C.-Rechtes dem Assignanten gegenüber angenommen hat.

---

[1]) So König in seinen Vorlesungen: „Er (Promittent) hat Verzicht geleistet durch Ablegen des Versprechens.

[2]) Anderer Ansicht Seuff. Arch. XIII, Nr. 141. Der Assignat kann nicht compensiren mit Forderungen an den Assignatar; nicht letzterer ist Gläubiger, sondern immer noch der Assignant. Es fehlt am Erforderniss der Gegenseitigkeit; mit Forderungen an einen Dritten kann man nicht compensiren. Diese Meinung beruht auf einer unrichtigen Auffassung des Wesens der Anweisung!

k) Indossable Papiere und Papiere auf den Inhaber, wie sie der moderne Verkehr in vielerlei Gestalten in ausgedehntester Weise zu verwenden weiss, bezwecken alle, einen Ersatz für den schwerfälligeren und kostspieligeren Geldverkehr zu bieten. Um dieses Ziel erreichen zu können, muss nicht nur ihre Circulationsfähigkeit eine einfache, an möglichst wenig Formalitäten gebundene sein, sondern der einzelne Erwerber muss anderseits auch die Sicherheit haben, dass der Realisirbarkeit des Papieres nicht alle möglichen, ihm unbekannten Hindernisse im Wege stehen, dass vor Allem nicht Einreden aus der Person seiner vielen Vorgänger ihm entgegengestellt werden können.

So bestimmt O. Art. 811 bezüglich des Wechsels: «der Wechselschuldner kann sich nur solcher Einreden bedienen, welche aus dem Wechselrecht selbst hervorgehen oder ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen.» [1]) Hat er demnach compensable Gegenforderungen gegen den Trassanten, gegen alle vorhergehenden Indossatare gehabt, so kann er diese alle nicht zur C. verwenden; nur falls er Gegenforderungen an den Kläger selbst hat, kann er Verrechnung verlangen. Gegenüber im Handelsregister eingetragenen Wechselschuldnern erleidet sogar dies noch eine Modification; nach Art. 812 (vgl. Art. 720, 2) ist vorläufige Execution, eventuell unter Cautionstellung, selbst dieser C.-Einrede gegenüber erlaubt, falls die «vorgebrachten Thatsachen dem Richter unglaubhaft erschienen». — Das Gleiche gilt nach Art. 836 vom Chek. Für wechselähnliche Papiere gilt bloss die Bestimmung des Art. 811, nicht aber die von Art. 812[2]). Was andere indossable Papiere anbelangt, deren Erfordernisse Art. 843 aufstellt, so bestimmt Art. 843, 2: «Der Verpflichtete kann sich nur solcher Einreden bedienen, welche ihm nach dem Inhalt der Urkunde oder un-

[1]) Vgl. Art. 82 Deutsche Wechselordnung.
[2]) Vgl. die Art. 838, 839, 842.

mittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen.» Demnach ist C. mit Gegenforderungen an den Kläger gestattet.

Noch weiter geht Art. 847 betreffs der Inhaberpapiere: «der Schuldner kann der Forderung aus einem Inhaberpapiere nur solche Einreden entgegensetzen, welche gegen die Gültigkeit der Urkunde gerichtet sind oder aus der Urkunde selbst hervorgehen.» Hiemit ist das Endziel erreicht, worauf schon die angeführten Bestimmungen bei Wechsel, Chek u. s. w. hinarbeiten; die Person des berechtigten Gläubigers ist völlig gleichgültig; der Schuldner hat weder das Recht, noch die Pflicht, die Legitimation zu prüfen; es ist die vollendetste Loslösung der Schuldverpflichtung von dem sie Geltendmachenden. Der Schuldner kann demnach die C.-Einrede nicht opponiren, auch wenn sie sich auf Gegenforderungen an den aus dem Papiere Leistung verlangenden Gläubiger stützen sollte [1]). Was speziell die unter die Inhaberpapiere fallenden Banknoten betrifft, so bestimmte schon das Bundesgesetz über die Ausgabe und Einlösung von Banknoten» vom 8. März 1881 in Art. 21: «Jede Emissionsbank ist verpflichtet, ihre eigenen Noten .... gegen gesetzliche Baarschaft zu vollem Nennwerthe einzulösen und die Einlösung anderer schweiz. Emissionsbanken ... unentgeltlich zu vermitteln.»

§ 17.

Verzicht auf die Compensation.

Allgemein wird C. aufgefasst als eine dem Schuldner vom Gesetze gewährte Gunst, als ein Recht, von dem er nach Belieben in seinem eigenen Interesse Gebrauch machen kann oder nicht. Findet er es vortheilhafter im einzelnen Falle seinem Gläubiger thatsächlich zu erfüllen, so bleibt seine Forderung unberührt bestehen; er kann zehnmal nach einander nicht compensiren, wohl aber das elfte Mal, ohne dass ihm sein Gläubiger entgegen-

[1]) So auch die deutsche Praxis, wenigstens bezüglich der C.-Einrede. Vgl. Gareis a. a. O. p. 520.

halten könnte, in jenem zehnmaligen Nichtgebrauche seiner Forderung liege ein Verzicht auf C.

Anders gestalten sich die Verhältnisse, wenn man der Ansicht des Martinus ist, wonach die beiden Forderungen vom Momente der Coexistenz als von selbst aufgehoben gelten. Auf diesem Standpunkte steht der Code civil 1290 und auch der ital. Codice 1286. Es ist dem Gesetze selbst unmöglich geworden, dieses Princip consequent durchzuführen; nach Art. 1299 C. c. kann derjenige, welcher eine durch das Gesetz (1290) erloschene Schuld bezahlt hat, seine Gegenforderung, die er nicht zur C. verwandte, dennoch geltend machen, mit der Beschränkung, dass ihre Garantien, wie Hypotheken etc., nicht mehr beansprucht werden können. Vorausgesetzt wird auf Seiten des nicht Compensirenden die Kenntniss seiner C.-Befugniss. Sicherlich eine merkwürdige Bestimmung: Zwei Forderungen erlöschen von Gesetzeswegen; dennoch kann die eine, welche doch nicht mehr existirt, gültig bezahlt werden, und die andere, die auch bereits erloschen war, lebt wieder auf, wenn auch verkrüppelt. Ganz entgegen dem Sinn und Geist des Art. 1290 fasst denn auch die französische Jurisprudenz die C. als eine Gunst auf, auf welche man Verzicht leisten kann, und sieht gerade in diesem Art. 1299 einen solchen [1]). Dieser Gegensatz der Praxis und des Gesetzes findet seinen klaren Ausdruck im ital. Gesetzbuch, wo in schönster Eintracht sich die Sätze vereinigt finden: la compensazione si fa di diritto in virtù della legge, ed anche senza saputa (1286) und: Die C. ist ausgeschlossen, «quando il debitore ha preventivamente rinunziato alla compensazione (1289, 4).» Mit letzterer Bestimmung ist das soeben

[1]) Baudry-Lacantinerie 772. Laurent 468 ist einer der wenigen, welcher sich, in consequenter Festhaltung am Principe des Code, gegen einen Verzicht auf C. ausspricht. Die C., sagt er, ist „un fait accompli,“ das der menschliche Wille nicht vernichten kann; er gibt aber zu, dass in Art. 1295 und 1299 das Gesetz einen stillschweigenden Verzicht annimmt.

gegebene Princip in weitem Umfange wieder durchbrochen.

Nach gemeinem Recht und nach Pr. L.-R. §§ 372, 373 ist Verzicht auf C. unbedingt zulässig; eine Consequenz des Princips, dass es ganz im Willen der Partei liegt, zu compensiren oder nicht. O. Art. 139, 1 bestimmt: «Auf die Verrechnung kann der Schuldner zum Voraus Verzicht leisten.» Dies braucht nicht expressis verbis zu geschehen; es genügen auch concludente Handlungen. Hat der Schuldner eine compensable Gegenforderung und verwendet er dieselbe im Processe nicht und zwar mit Wissen nicht; lässt er sich ruhig verurtheilen, und will er nun in der Executionsinstanz damit compensiren, so muss dies unzulässig sein. In dem Nichtgebrauch liegt hier ein Verzicht auf C. dieser eingeklagten und zuerkannten Forderung gegenüber. Man kann verzichten auf ein gegenwärtiges C.-Recht, auf ein zukünftiges, nur für gewisse, oder für alle Forderungen[1]. In dem Versprechen, in Kurzem Alles berichtigen zu wollen, liegt kein Verzicht; es enthält nur die Zusage, die Schuld bald zu tilgen, den Gläubiger bald befriedigen zu wollen, was sowohl durch Baarzahlung als durch C. geschehen kann[2]. Auch ein eidliches Versprechen oder ein solches auf Ehrenwort, Alles zu zahlen, ist kein Verzicht; ja, selbst die Zusicherung baarer Zahlung darf nicht immer so ausgelegt werden[3]. Sie hat ja oft nur die Bedeutung, eine Schuld sofort bereinigen, den Gläubiger sofort befriedigen zu wollen, ist oft in Unkenntniss oder vor Erwerb einer Gegenforderung gegeben worden. Es wird immer Aufgabe des Richters sein, im einzelnen Falle den Umständen nach, den Parteiäusserungen, den Verhandlungen nach zu beurtheilen, ob Verzicht anzunehmen sei oder nicht.

---

[1]) Ueber den Verzicht auf allfällige, zukünftige Forderungen, siehe unten § 21.

[2]) Vgl. Seuff. Arch. IV, Nr. 214.

[3]) A. M. Seuff. Arch. IX, Nr. 186.

Allgemein gültige Grundsätze hier aufstellen zu wollen, scheint uns ein verfehltes Unternehmen zu sein. Wir halten desshalb auch die vom Gesetze dem Richter in Art. 139, 2 gegebene Präsumption: «Ein Verzicht wird auch angenommen, wenn der Schuldner, obschon er weiss, dass er eine Gegenforderung hat, Baarzahlung verspricht», nicht für nöthig. Dieser Vorschrift gemäss ist es Aufgabe des Gläubigers, zu beweisen, dass sein Schuldner zur Zeit dieser Erklärung seine Gegenforderung bereits kannte. Ist dies der Fall, so liegt ein stillschweigender Verzicht vor. — Es mag hier noch ein Entscheid des «Tribunal de commerce de Genève» [1]) angeführt werden: «Une telle renonciation doit être admise lorsque le débiteur a souscrit un billet en faveur du créancier, postérieurement au moment à partir duquel il prétend avoir été en droit de se prévaloir de la C., et a ainsi pris l'engagement de payer comptant à l'échéance.» Diesem Urtheil können wir nicht beipflichten; in der blossen Unterschrift liegt weder ein Versprechen, baar zu zahlen, noch ein Verzicht; verlangt der Gläubiger auf Grund jenes unterschriebenen Papieres Leistung des Geschuldeten, so kann der Schuldner immer noch in Anerkenntniss seiner Schuld — nur dies wollte er durch seine Unterschrift besagen — die Wahl treffen, ob er thatsächlich erfüllen oder durch C. befriedigen will [2]).

IV. Abschnitt.

Geltendmachung und Wirkung der Compensation.

§ 18.

Eintritt der Compensation und Wirkung der geschehenen.

Es ist oben § 2 in Kürze gezeigt, welch' ein heftiger Streit entstanden ist über die Bedeutung des Satzes, «com-

---

[1]) 25 Févr. 1886, angeführt im Journal des tribunaux, p. 189.

[2]) Ueber C. bei Werthpapieren siehe oben § 16.

pensatio fit ipso jure» im röm. Recht. Es kann sich für uns nicht darum handeln, vom erhabenen Standpunkt der Kritik aus die vielen versuchten Lösungen bis in's Detail zu prüfen; zu einem positiven Resultate wird man doch nicht gelangen. Mit Resignation und mit Bedauern für die viele hier verbrauchte geistige Kraft muss man das Negative sämmtlicher Forschungen acceptiren: Es ist nicht möglich, vom Standpunkt des röm. Rechts aus auf Grund des schwachen Quellenmaterials eine allgemein befriedigende Lösung dieses unverständlichen Satzes zu geben; die bis jetzt noch herrschende Meinung ist erschüttert und wankend gemacht, die neuern Theorien vermögen sich keiner allgemeinen Anerkennung zu erfreuen, weil sie auf zu subjektiven Auffassungen basiren.

Was uns hier interessirt, ist der Einfluss, den die wechselnden theoretischen Anschauungen im Laufe der Zeit auf die Gesetzgebung ausgeübt haben. Es ist schon angeführt worden, dass Martinus die Auffassung vertheidigte, die C. geschehe nach jenem röm. rechtlichen Satze ohne jede menschliche Thätigkeit, mit dem Augenblicke der Compensabilität, d. h. der Coexistenz zweier Forderungen, die beide sämmtliche Requisite der C. an sich tragen, sei die C. auch schon ausgeführt, die beiden Forderungen mithin in dem sich deckenden Betrage erloschen. Mit der Annahme dieser Anschauung durch Cujacius [1]) ist deren Uebergewicht entschieden, und sie ist durch die Vertheidigung Pothiers die allein herrschende in Frankreich geworden. Sie hat denn auch ihre scharfe Formulirung im Code civil gefunden, Art. 1290: La C. s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives [2]).

[1]) Dernburg p. 286, Anm. 3.

[2]) Ganz gleich, in wörtlicher Uebersetzung, lautet Codice civile Art. 1286: La compensazione si fa di diritto in virtù della legge, ed anche senza saputa dei debitori al momento stesso della contemporanea existenza dei due debiti...

Da der Richter nicht allwissend sein kann, wird allgemein anerkannt[1]), dass der Beklagte im Processe C. entgegensetzen muss, was er in jedem Zeitpunkt des Processes, selbst nach dem Urtheil, auch in der Appellationsinstanz thun kann. Der Richter schafft ja nicht C., entscheidet nicht darüber, sondern constatirt bloss ihr Vorhandensein: le juge ne prononcera pas la C., il constatera seulement son existence. Obwohl man oft zugibt[2]), dass diese gesetzliche Bestimmung auf einer falschen Interpretation der Quellen beruht, suchen die Juristen dennoch das Princip des Code auf alle mögliche Weise zu vertheidigen. Der Schuldner habe ja kein anderes Interesse, als quitt zu sein und frei von dem Umwege eines langen, unnützen und kostspieligen Verfahrens. C. sei Zahlung, die sich kraft des Gesetzes vollziehe. Würde der Eine zahlen, der Andere nicht, so wäre dies eine Ungleichheit, welcher das Gesetz zuvorkomme. Der Grundsatz fusse im öffentlichen Interesse, da er Processe verhindere». [3]) Die Schwäche dieser Motivirung ist evident: C. ist keine Zahlung; das Interesse des Schuldners kann gerade sein, C. nicht vorzunehmen, sondern baar zu leisten, um seine Gegenforderung zu erhalten; eine Ungleichheit steckt hierin gar nicht. Eine derartige Beschränkung der Dispositionsfreiheit, eine so zweifelhaft liebevolle Bevormundung von Seiten des Gesetzes lässt sich absolut nicht rechtfertigen! — Diese Begründung steht auch im Widerspruche mit der allgemein acceptirten Anschauung, die C. des Code sei eine Gunst!

Da nach Art. 1290 die beiden compensabeln Forderungen vom Momente ihrer Coexistenz an erloschen sind, so sind damit selbstverständlich auch sämmtliche Nebenrechte untergegangen. Beruft sich der Kläger darauf, es

---

[1]) Baudry-Lacantinerie 709; Laurent 408.
[2]) z. B. Laurent p. 406.
[3]) Laurent a. a. O.

sei die Gegenforderung in der Zwischenzeit, d. h. von jenem Momente an bis zur geschehenen Einrede, verjährt, so kann dieser Einwand keinen Einfluss haben, da eine Verjährung nicht mehr möglich ist nach jenem Principe; beide Forderungen sind damals schon eo ipso erloschen, es genügte, dass der Gegenanspruch damals noch nicht verjährt war. Dass für diese Zwischenzeit keine Zinsen, keine Conventionalstrafe mehr gefordert werden, dass der Schuldner nicht in Verzug kommen kann, sind ebenfalls reine Consequenzen jenes Grundsatzes. Selbst wenn der Schuldner irrthümlich zahlt, kann er wieder zurückfordern, weil seine Schuld ja schon erloschen ist. Hat er mehrere compensable Gegenforderungen, so gelten diessbezüglich die Vorschriften über Zahlung des Art. 1256.

Bis in das zweite Viertel dieses Jahrhunderts folgte auch die gemeinrechtliche Doctrin in der Mehrzahl ihrer Vertreter der Anschauung des Martinus; ihnen folgend steht auch das Pr. L.-R. § 301 auf diesem ipso jure Standpunkt [1]). Erst von jener Zeit an, namentlich durch eine diessbezügliche Arbeit von Hasse [2]), erfolgte ein totaler Umschwung der Meinungen im Sinne der vom Glossator Azo aufgestellten Ansicht: Sed ego puto eam (c.) ipso jure tunc fieri, cum a partibus est opposita. Wenn der Schuldner C. opponirt hat, so gelten dann beide Forderungen, soweit sie sich decken, schon vom Momente der Compensabilität an als getilgt. Die gemeinrechtliche Meinung ist aber, dass die Aufhebung der beiden Forderungen nicht schon durch die einseitige, von der Gegenpartei nicht acceptirte Cs.-Erklärung des Schuldners, mag sie vor Gericht oder aussergerichtlich geschehen, erfolgt, sondern es kann die Partei nur C. beantragen und falls der Gläubiger sie nicht acceptirt, steht es dem Richter

---

[1]) Trotzdem hat sich die preussische Praxis völlig von dieser Ansicht frei gemacht. Vgl. Dernburg 289 ff.

[2]) Archiv für civilistische Praxis VII, p. 156 ff.

zu, dieselbe durch Urtheil auszusprechen [1]). In Folge dessen wird als Gegensatz der vertragsmässigen C. diese einseitige eine «gerichtliche C.» genannt, womit nicht gesagt sein soll, dass sie im Belieben des Gerichtes steht, sondern nur, dass auch bei Vorhandensein aller Erfordernisse die Partei doch nur mit Hülfe des Richters, nie allein, einseitig compensiren kann.

Es hat sich auch bei der oben (§ 3) gegebenen, kurzen Darstellung der Bestimmungen der verschiedenen kantonalen Gesetzgebungen über C. dieser tief einschneidende Gegensatz der vom Code adoptirten und der gemeinrechtlichen Doctrin gezeigt. Es handelte sich nun darum, für O. das eine oder andere Princip anzunehmen, und man entschloss sich denn auch schon beim ersten Entwurfe, die gemeinrechtliche Meinung insofern zu acceptiren, als es auch nach O. zur C. immer einer Willensthätigkeit des Compensirenden bedarf. Es hängt somit vom Willen des Einzelnen ab, ob er compensiren will oder nicht. Die Gründe für diese Auffassung sind schon oben angedeutet worden: Eine Forderung wird in ihrem Bestande dadurch nicht berührt, dass nachher eine Forderung an den Gläubiger selbst entsteht, sei es bei irgend einem Dritten, sei es beim Schuldner des ersten Anspruchs. Aus Billigkeitsgründen soll das Gesetz letzterem die Möglichkeit, das Recht geben, unter gewissen Voraussetzungen nach seinem Interesse einer thatsächlichen Erfüllung durch C. zu entgehen, seine Schuld mit seiner Forderung tilgen zu können. Niemals darf und soll das Gesetz so weit gehen, aus allgemeinen Gründen, um Processe zu vermeiden, um den Geschäftsverkehr zu er-

[1]) Windscheid, § 349, 5: In anderer Weise, als durch Entgegensetzung der C.-Einrede und Erlangung eines den Gläubiger zurückweisenden Urtheils und namentlich durch eine einseitige C.-Erklärung kann der Schuldner nicht bewirken, dass die beiden Forderungsrechte .... definitiv beseitigt seien. Dernburg 529: Die C. vollzieht sich entweder durch Uebereinkunft der Parteien oder durch einen Ausspruch des Gerichts. Ebenso Eisele 380, 381.

leichtern u. s. w., dieses Recht dem Schuldner auf-octroyiren zu wollen, auch in Fällen, wo spezielle, persönliche Gründe dagegen sind; niemals soll es die Gunst in einen Zwang, in eine Pflicht umwandeln. — Will nun der Schuldner von dem ihm gegebenen Rechte Gebrauch machen, so muss dieser sein Wille doch sichtbar in die Aussenwelt treten, muss er ihn vor Allem demjenigen zu erkennen geben, welcher die Folgen erleiden soll, d. h. dem Gläubiger; ohne dies Erkennengeben kann die vom Gesetze vorgesehene Wirkung nicht eintreten. So bestimmt denn O. Art. 138: «Eine Verrechnung tritt nur insofern ein, als der Gläubiger dem Schuldner zu erkennen gibt, dass er von seinem Rechte der Verrechnung Gebrauch machen wolle. Ist dieses geschehen, so wird angenommen, Forderung und Gegenforderung seien ... getilgt worden.» Es wird demnach nicht einmal immer eine ausdrückliche Erklärung «ich will verrechnen» verlangt, es genügt schon ein Erkennengeben, wie «ich bin Dir nichts mehr schuldig, da ich eine Gegenforderung in gleicher Höhe habe.» O. weicht damit ganz bedeutend von der gemeinrechtlichen Lehre ab. Dieselbe verlangt wohl eine Erklärung des C.-Willens, schreibt aber nicht ihr die tilgende Wirkung zu, wenn der Gläubiger sie nicht acceptirt, sondern erst dem Ausspruch des Gerichts, der auf einen diesbezüglichen Antrag erfolgt: jenes aber gibt dem blossen Erkennengeben des C.-Willens, einer bloss einseitigen Erklärung diese Wirkung, mag dies vor Gericht oder aussergerichtlich geschehen, mag dies vom Gläubiger acceptirt worden sein oder nicht. Der einseitig ausgesprochene Wille genügt, um nicht nur die eigene, sondern auch eine fremde Forderung zu vernichten, natürlich erst dann und nur dann, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorhanden sind. Es ist daher einleuchtend, dass der Ausdruck «gerichtliche, richterliche C.» für O. absolut nicht zu gebrauchen ist [1]). Wie weit diese tief

[1]) Auf dem gleichen Standpunkte, dass jede, auch aussergerichtliche, Erklärung die C. bewirkt, standen Dresd. E. Art. 372 und Art. 182 des Entwurfs eines bayrischen Gesetzbuchs.

einschneidende Neuerung, die vom rein theoretischen Standpunkte aus durchaus unanfechtbar ist, sich als praktisch brauchbar erweisen wird, muss erst die Zukunft lehren.

Von einem Rechte zu compensiren, kann natürlich nur dann die Rede sein, wenn die Voraussetzungen der C., wie sie Art. 131 aufstellt, vorhanden sind, und ebenso selbstverständlich ist es, dass in demjenigen Augenblicke, wo die C.-Erklärung geschieht, der Schuldner also von seinem Rechte Gebrauch macht, die sämmtlichen Requisite regelmässig vorhanden sein müssen [1]). Während nach Code civil die beiden Momente der Coexistenz zweier compensabler Forderungen (der Compensabilität) und der durchgeführten C. zusammenfallen, und die allfällige spätere Geltendmachung der Verrechnung nur die Bedeutung der Berufung auf eine schon geschehene Thatsache hat, fallen sie nach O. oft weit auseinander; die compensabeln Forderungen stehen sich völlig unberührt gegenüber, wie nicht compensable; erst der erklärte Wille führt die C. durch und vernichtet sie. Es möchte daher ganz natürlich erscheinen, dass erst von diesem Augenblicke der Erklärung an die Wirkungen der C. eintreten; die herrschende Meinung des gemeinen Rechts aber und ihr folgend auch O., nehmen hier eine Retrotraction dieser Wirkung auf den Zeitpunkt der Compensabilität an: Art. 138: ... «Ist dieses (die C.-Erklärung) geschehen, so wird angenommen, Forderung und Gegenforderung seien, so weit sie sich ausgleichen, schon mit dem Zeitpunkte getilgt worden, in welchem sie zur Verrechnung geeignet einander gegenüberstanden [2]).»

---

[1]) Die Ausnahmen bei Cession und Bürgschaft siehe oben § 7.

[2]) Gemeinrechtlich ist diese rückwirkende Kraft der C.-Einrede mit ihren Folgen neuerdings angegriffen worden, z. B. von Schwanert a. a. O. p. 3 ff., Eisele p. 259 ff.; die herrschende Meinung aber hält noch immer daran fest, wenn schon die einzelnen Vertreter derselben in ihrer Begründung weit auseinander gehen. Dernburg 585, Windscheid § 349, 3.

Es lässt sich nicht absehen, wesshalb O. diese Rückziehung zulässt. Wyss hatte denn auch vorgeschlagen, die Wirkungen der C. erst vom Momente der abgegebenen Erklärung an zu datiren, drang aber der gemeinrechtlichen Lehre gegenüber nicht durch. Windscheid begründet diese Rückdatirung für das gemeine Recht dahin, dass mit der Coexistenz compensabler Forderungen dieselben auch schon mit einer Einrede behaftet seien, welche die Wirksamkeit des Forderungsrechts aufhebe; folglich sei die Wirkung der Einrede auf diesen Moment zurückzuziehen, wo die Affection bereits eingetreten sei. Dernburg erklärt die Retrotraction dadurch, dass mit dem Entstehen der Gegenforderung der Beklagte die C.-Einrede erhalte, folglich sei die Wirkung derselben, wie jeder andern peremptorischen Einrede, eine solche ex tunc. Beide Ansichten sind für O. nicht zu gebrauchen. Von einer Affection durch die Compensabilität kann nicht die Rede sein; nicht sie, nur die Willenserklärung afficirt; erstere ist ohne letztere völlig indifferent; nicht die Eigenschaft wirkt, nur die Erklärung fussend auf jener zufälligen Eigenschaft; nur sie kann vernichten, aber nicht nach rückwärts. Wie sollte einerseits nur der Wille die Tilgung bewirken können, anderseits diese Tilgung aber schon früher geschehen sein? [1]) Ohne meine Willensthätigkeit tritt Verjährung ein, nur mit meiner Erklärung Tilgung durch C.; jene muss wirken vom Momente der Verjährung an, diese soll gelten nur vom Augenblicke der Erklärung an! — So wie die Fassung des Art. 138 ist, scheint uns daraus hervorzugehen, dass man diese merkwürdige Retrotraction gar nicht weiter begründet wissen will, — da man sie eben aus der Natur der Sache selbst nicht begründen kann, sondern nur durch Acceptiren der von der herrschenden Meinung gegebenen Quellenauslegung; dass man vielmehr, um die herrschende Doctrin

---

[1]) Vgl. Eisele 220 ff.

annehmen zu können, zur Fiction gegriffen hat. Anders lassen sich die Worte kaum auffassen: Ist dieses geschehen, *so wird angenommen*, Forderung und Gegenforderung seien schon .... mit dem Zeitpunkte getilgt worden — (entsprechend der französische Text: les deux dettes sont alors *réputées* éteintes ... depuis l'instant ...), und es scheint in dieser Ausdrucksweise des Gesetzes selbst eingestanden zu sein, dass diese Rückziehung sich aus der Natur der C., wie sie nach *unserm* Rechte aufzufassen ist, nicht ergibt und nur auf einer Fiction beruht. «Une dette n'empêche pas l'autre» nach O.; erst die gegebene Willenserklärung löscht beide. Es bleibt dem Schuldner unbenommen, in jedem Augenblicke seine Erklärung abzugeben, schon sogleich im Momente der Compensabilität, und jede, formlose und aussergerichtliche, genügt zur Tilgung. Warum also soll man, wenn dem Schuldner die Freiheit gegeben ist, von seinem Rechte jederzeit vollwirksamen Gebrauch zu machen, die Wirkung zu seinen Gunsten noch weiter zurück datiren? — Wir kommen zu dem Schlusse, dass sich diese Retrotraction aus der Natur der C., wie sie O. darstellt, nicht deduziren lässt; es dürfte sich demnach nur noch fragen, ob vielleicht Billigkeitsgründe irgend welcher Art die vom Gesetze adoptirte Fiction rechtfertigen lassen. Es wird sich diess am besten entscheiden lassen an den verschiedenen Folgen, welche die Rückziehung nach sich zieht.

1) Als eine solche Folge und gestützt auf l. 10 § 1 h. t. 16, 2[1]) nimmt die herrschende, gemeinrechtliche Meinung an, es könne der Schuldner, falls er in Unkenntniss seiner compensabeln Gegenforderung thatsächlich erfüllt hat, das Geleistete zurückfordern als ein indebitum. Obgleich Art. 138 eine Rückziehung annimmt, ist doch nach O. eine Klage wegen «ungerechtfertigter

[1]) Si quis igitur compensare potens solverit, condicere potest quasi indebito soluto.

Bereicherung» (Art. 70—75) hier unzulässig[1]). Die C. tritt nur dann ein, wenn der Schuldner sich darauf beruft; wenn er Zahlung leistet, so zahlt er eben kein indebitum, sondern ein wirkliches debitum, das sich von einem andern auch nicht im mindesten unterscheidet. Eine nachträgliche C.-Erklärung nützt ihm nichts mehr, weil sie unmöglich ist, da ihm jetzt eine compensationsfähige Schuld fehlt. Art. 70 spricht nur von einer Bereicherung aus dem Vermögen eines andern ohne rechtmässigen Grund, Art. 72 von der Rückforderung einer freiwillig bezahlten Nichtschuld, alles Fälle, unter welche der erwähnte sich nicht bringen lässt. Eine condictio welche Rückforderung einer Summe gestattet, die man schuldig war, für die man aber den Gläubiger nicht nur durch Zahlung, sondern auch durch C. befriedigen kann, kennt O. nicht.

2) Allgemein ist gemeinrechtlich auf Grund zweier Quellenstellen die Sistirung des Zinsenlaufes vom Momente der Compensabilität an anerkannt[2]). Während die Anhänger der Rückziehung diese Stellen als Beweismittel ihrer Ansicht benützen, vertheidigt ihr Gegner Eisele die Meinung, dass sie nicht natürliche Folgen des C.-Rechtes, sondern positive Satzung seien (p. 27 u. ff.). Da O. Art. 138 ebenfalls die Retraction angenommen hat und nach Art. 129, 1 mit dem Untergang der Forderung auch alle Nebenrechte, also auch Zinsen, erlöschen, so sind jene Bestimmungen auch für unser Recht anwendbar als reine Consequenz des aufgestellten Princips. Ein passendes Beispiel bringt Schneider und Fick[3]), das wir hier

[1]) So auch König in seinen Vorlesungen.

[2]) l. 11 D. h. t. 16, 2: Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum a divo Severo concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse præstandas. l. 12 D. eodum. Idem juris .... etiam in causa fisci constitutum. Sed et si invicem sit usuraria pecunia, diversæ tamen sint usuræ, compensatio nihilo minus locum habet ejus quod invicem debetur.

[3]) In Anm. 2 zu Art. 138.

anwenden: «A schuldet dem B Fr. 1000 laut Obligo vom 11. Nov. 1882 verzinslich zu 5 % per Jahr. B ist dem Oheim des A ein Kapital von Fr. 800 zu 4 % seit dem 11. August 1882 schuldig. Dieser Oheim stirbt am 11. Februar 1883, und A wird sein Erbe. B, der vielleicht hievon nichts weiss, belangt im Nov. 1883 den A auf Zahlung seines Obligo von Fr. 1000. Jetzt erst, am 11. Nov., wendet A ein, dass er ja eine Gegenforderung gegen B habe und verlangt Verrechnung.» Auf Grund der Rückziehung kommt es auf den Moment der Compensabilität an, hier den 11. Febr. 1883. Die C. gestaltet sich demnach:

Die Schuld des A betrug: 1000 + Zins zu 5 % seit 11. Nov. 1882 =	Fr. 1012. 50
Davon ab seine Forderung: 800 + Zins zu 4 % seit 11. Aug. 1882 =	» 816. —
bleiben	Fr. 196. 50

nebst 5 % vom 11. Febr. bis 11. Nov. 1883 ergibt eine Schuld von Fr. 203. 85 (87).

Wir verändern dies Beispiel insoweit, als wir annehmen, B habe vom Oheim des A das Kapital von Fr. 800 unverzinslich erhalten. Die Rechnung gestaltet sich dann folgendermassen:

Die Schuld des A betrug 1000 + Zins zu 5 % seit 11. Nov. 1882 =	Fr. 1012. 50
Davon ab seine Forderung: 800	» 800. —
bleiben	Fr. 212. 50

zu 5 % verzinslich bis 11. Nov. 1883 ergibt eine noch zu leistende Schuld von Fr. 220. 47.

Diese zwei Resultate haben wir auf Grund der Vorschrift des Art. 138 erhalten; zur Vergleichung behandeln wir die beiden Fälle, ohne eine Retraction anzunehmen.

Die Forderungen werden demnach erst mit dem Momente der Geltendmachung der C. aufgehoben (soweit sie sich decken) und in der Höhe, in der sie sich dann befinden. Entscheidender Zeitpunkt ist hier also der 11. Nov. 1883.

Ia. Die Schuld des A beträgt: 1000 + Zins zu 5 % vom 11. Nov. 1882 bis 11. Nov. 1883 =	Fr. 1050. —
Davon ab seine Forderung: 800 + Zins zu 4 % vom 11. August 1882 bis 11. Nov. 1883 =	» 840. —
Es hat demnach A noch zu zahlen	Fr. 210. —
Ib. Die Schuld des A beträgt: 1000 + Zins zu 5 % vom 11. Nov. 1882 bis 11. Nov. 1883 =	Fr. 1050. —
Davon ab seine Forderung: 800	» 800. —
Es hat demnach A noch zu zahlen	Fr. 250. —

Es ist aus dieser Vergleichung ersichtlich, dass die Differenz der beiden Berechnungsarten eine ganz erhebliche ist; dass der Gläubiger B, welcher von der Gegenforderung seines Schuldners A keine Kenntniss hat, im Falle I mehr als Fr. 6, im Falle II sogar mehr als Fr. 29 weniger erhält in Folge der Rückziehung als ohne dieselbe, und wir finden hierin nicht nur eine zweifelhafte Billigkeit, sondern geradezu eine Ungerechtigkeit. Es werden nach rückwärts Forderungen aufgehoben, von denen die eine in der Zwischenzeit bedeutend mehr trägt, als die andere, wodurch dem Gläubiger B unbedingt ein Nachtheil entsteht. Besonders evident ist diess im zweiten Falle, wo die unverzinsliche Gegenforderung nicht nur eine Forderung in gleicher Höhe vernichtet, sondern auch noch ihr 5procentiges Zinserträgniss. Das Gesetz soll dem Schuldner nicht selbst Handhaben bieten, durch absichtliches Schweigen und Abwarten der Einforderung seiner Schuld zum Schaden des ahnungslosen Gläubigers

seinen Vortheil noch zu vergrössern, der sicherlich bedeutend genug ist, wenn er mit einer weniger hoch oder gar nicht verzinslichen Forderung seine hoch verzinsliche Schuld ganz oder theilweise vernichten kann. Ein solches Ergebniss ist unseres Erachtens nicht nur kein Grund für, sondern ein sehr gewichtiger gegen jene gesetzliche Fiction [1]).

3) Obwohl in den Quellen nicht ausdrücklich belegt, — die angeführtrn Zeugnisse sind bestritten und werden von Vielen verworfen [2]) — sind die gleichen Grundsätze der herrschenden, gemeinrechtlichen Doctrin nach massgebend für mora und Conventionalstrafe. Sie gelten auf Grund der adoptirten Rückziehung auch für O. Der Schuldner, welcher seinen Gläubiger durch C. befriedigt, kann vom Augenblicke der Compensabilität an nicht mehr in mora versetzt, zu keiner verabredeten Conventionalstrafe mehr verurtheilt werden. Für den Fall, dass seine Gegenforderung eine kleinere ist, ist es selbstverständlich, dass er auf Mahnung hin bereit sein muss, die thatsächliche Erfüllung des Restes zu leisten, ansonst er für diesen wenigstens in mora verfällt. Das Gleiche gilt bezüglich der Conventionalstrafe. — Es bleibt demnach einem Schuldner unbenommen, sich von seinem Gläubiger, welcher von der ihm entgegenstehenden Forderung nichts weiss, mehrmals mahnen zu lassen, ohne Antwort zu geben und ihm so chikanöser Weise Zeit- und Geldverlust zu bereiten. Vom gleichen Augenblicke an sind auch die

---

[1]) Zu bemerken ist, dass im Leben die angeführten Fälle in diesem Grade nicht zu häufig vorkommen werden, da verzinsliche Forderungen meistens auf Kündigung gestellt sind, der Schuldner vor jenem Zeitpunkt nicht einmal zahlen, jedenfalls auch nicht compensiren kann. Vgl. auch E. d. B.-G., 26. Juni 1880, in Sachen eidg. Bank gegen Staat Freiburg. Amtl. Sammlg. VI, p. 290: Es ist als regelmässig daran festzuhalten, dass beim zinsbaren Darlehen der Zahlungstermin nicht nur zu Gunsten des Schuldners, sondern auch des Gläubigers, ... dessen Interessen daher durch vorzeitige Zahlung des Darlehens verletzt würden, ausbedungen ist.

[2]) Vgl. Windscheid § 349, Anm. 7, 8. Dernburg 589.

Bürgen befreit, hat der Gläubiger kein Recht mehr an dem in seinen Händen befindlichen Faustpfand. Wir finden sicherlich hier auch keinen Grund für die aufgestellte Retraction!

4) Als eine weitere Consequenz wird von der herrschenden, gemeinrechtlichen Lehre auch die Zulässigkeit der C. mit einer Forderung vertheidigt, die zur Zeit der Compensabilität noch rechtsbeständig vorhanden war, in der Zwischenzeit aber bis zur Geltendmachung verjährt ist [1]). Nach O. ist die Statthaftigkeit der C. hier unbedingt zu verwerfen. Eine C. kann ja nur insofern stattfinden, als der Schuldner dem Gläubiger erklärt, von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen. Ein solches Recht steht ihm aber nur so lange zu, als er eine wirklich rechtsbeständige Forderung hat (Art. 131); ist sein Gegenanspruch verjährt, so hat er nicht nur keine Klage mehr auf Erfüllung desselben, sondern überhaupt keine rechtliche Forderung mehr, und es fehlt somit im Augenblicke seiner Erklärung gerade das Haupterforderniss der C., eine compensable Forderung. Der Umstand, dass die Wirkung der C.-Erklärung retrahirt wird, also hier auf einen Zeitpunkt, wo jene Forderung noch wirklich existirte, kann daran nichts ändern, weil eben diese Erklärung jetzt an und für sich unmöglich geworden ist. Und mit Recht ist C. hier unzulässig! Der Schuldner braucht nach O. nicht zu warten, bis sein Gläubiger endlich an ihn gelangt; es steht ihm jeden Augenblick frei, seinen Willen in wirksamster Weise zu erkennen zu geben und beiderseitige Aufhebuug durch C. zu bewirken. Versäumt er diese Möglichkeit, so muss er auch den Schaden tragen!

---

[1]) Dafür Dernburg 473 und die dortigen Nachweisungen in Anm. 3, ferner Seuff. Arch. II, Nr. 163 (Martinusansicht), IX Nr. 253, XIII Nr. 8, XIV Nr. 19, XXVI Nr. 123; dagegen Windscheid § 350, Anm. 2, Eisele p. 334 ff.

Abgesehen davon, dass wir für O. zwei wichtige Wirkungen der Retraction verneinen müssen, sind die andern von sehr problematischer Nützlichkeit, zum Theil geradezu eine Verwandlung der in der C an und für sich liegenden Billigkeit in eine Ungerechtigkeit, so dass wir die von O. aufgestellte Rückfingirung in Berücksichtigung unseres Rechtes weder aus rechtlichen, noch aus praktischen Gründen, noch durch die Billigkeit gerechtfertigt finden.

Zum Schlusse dieses § möge es gestattet sein, auf Grund der gegebenen Erörterungen, und trotz des: omnis definitio periculosa! — eine Definition der C. nach O. zu geben. Verstehen wir unter «gleichartigen Forderungen[1]» solche, welche sämmtlichen Requisiten des Art. 131 entsprechen (Rechtsbeständigkeit, Gegenseitigkeit, Fälligkeit und Gleichartigkeit i. e. S.), so *ist «C.* (gesetzliche, einseitige) *Untergang gleichartiger Forderungen in Höhe der sich deckenden Beträge bewirkt durch einseitige Willenserklärung der einen Partei gegenüber der andern und durch Fiction zurückbezogen auf den Moment der Compensabilität.*

§ 19.

Die Compensationseinrede im Processe.

Wie gestaltet sich die Geltendmachung der einseitigen C. im Processe? Wie schon bemerkt, braucht es zu deren Durchführung nach O. gar nicht der richterlichen Mitwirkung; es kann aber der Fall sein, dass der Gläubiger die gegebene C.-Erklärung nicht anerkennen will, oder dass die C. erst im Processe überhaupt geltend gemacht wird. Diese zwei Fälle sind streng zu unterscheiden.

1) Der Schuldner hat schon aussergerichtlich seine C.-Erklärung dem Gläubiger gegenüber abgegeben. Dieser

---

[1]) Vgl. Eisele p. 389.

leugnet die Befugniss dazu, sei es wegen Bestreitung der Gegenforderung an sich, sei es wegen des von ihm behaupteten Mangels eines C.-Requisits und klagt seine Forderung ein. Der Beklagte wird, ohne sich auf die Sache materiell einzulassen, die Form der Einrede wählen: Weil seine Erklärung schlechthin das Erlöschen der Forderung zu bewirken im Stande war, beruft er sich einfach auf diese rechtsvernichtende Thatsache, verlangt völlige oder theilweise Abweisung des Klägers, weil er, durch die geschehene C. befriedigt, nichts mehr, resp. nur eine um seine Gegenforderung kleinere Summe zu fordern habe und sucht auf Bestreitung von Seiten des Klägers hin sein Recht zur geschehenen C. zu beweisen, indem er seine Gegenforderung an sich, deren Compensabilität und die geschehene C.-Erklärung nachweist. Dies ist die C.-Einrede i. e. S. Der Richter hat die Aufgabe, nach gelungenem Beweis die eingetretene und zu Unrecht geleugnete C., d. h. Tilgung der beiden Forderungen, festzustellen, nicht etwa selbst zu vollziehen.

2) Innerlich anders gestaltet sich die Sache, wenn vor dem Processe keine C.-Erklärung erfolgt war, der Beklagte erst im Processe vor Gericht seine compensable Gegenforderung zur Befriedigung des Klägers verwenden will, und es frägt sich, in welcher Form dies zu geschehen habe? Es ist richtig, dass er seinen Zweck auf dem Wege der Widerklage erreichen kann; es ist aber nicht nöthig und nicht rathsam, auf diese Weise vorzugehen. Enthält doch die Widerklage immer einen selbstständigen Angriff, und wird sie doch vor Allem um processualer Vortheile willen benützt; es ist für den C.-Berechtigten aber kein Grund vorhanden, aus der Beklagtenrolle heraustreten, von der Defensive zur Offensive überzugehen, und sich zu binden an die Vorschriften über die Widerklage, wonach dieselbe nur in beschränktem Maasse zulässig ist, oft sogleich bei der Litiscontestation vorgebracht werden muss u. s. w.; er will nicht selbst

angreifen, er will sich nur vertheidigen und eine Verurtheilung zur thatsächlichen Erfüllung seiner Verpflichtung abwehren. Zudem wäre es dem Cessus nicht möglich, seine Gegenforderung an den Cedenten dem klagenden Cessionar gegenüber widerklagsweise geltend zu machen, ebensowenig würde dies dem verklagten Bürgen mit der Gegenforderung des Hauptschuldners gestattet sein [1]). Ferner muss der Beklagte die Widerklage erheben, ohne seinerseits die Hauptklage als unzulässig zu bekämpfen [2]), während es oft gerade in seinem Interesse ist, zuerst zu versuchen, mit der C. durchzudringen und dann erst sich auf die Sache selbst materiell einzulassen.

Alle diese Gründe zusammen veranlassen uns, auch für diesen zweiten Fall die Form der Einrede zu wählen. Die compensirende Partei wird einredeweise nicht die Thatsache geltend machen, dass schon compensirt sei, — dazu hätte es einer vorhergehenden C.-Erklärung bedurft, sondern ihr Recht zu compensiren, gestützt auf die Thatsache der Coexistenz compensabler Gegenforderungen, und sie wird die Erklärung geben, dass sie jetzt von diesem Rechte Gebrauch mache, dadurch sogleich die Forderungen bis zur entsprechenden Höhe tilge und auf Grund dieser soeben geschaffenen rechtsvernichtenden Thatsache verlange, dass die Forderung des Klägers als nunmehr getilgt, resp. verringert, abgewiesen resp. nur in dem nun reduzirten Maasse zugelassen werde. Alles dies zusammen bildet die C.-Einrede i. w. S. Auch hier ist die Aufgabe des Richters die gleiche wie im vorigen Falle; nicht er vollzieht die C., sie ist schon geschehen durch die Erklärung der Partei; er hat nur, falls sie zu

---

[1]) Vgl. Dernburg § 63, p. 538—546.

[2]) Wach in seinen Vorlesungen über Civilprocess: „Thut er letzteres, so ist seine Widerklage nur eine bedingte, eventuelle, abhängig von der Feststellung der Zulässigkeit der Klage; in der That also tritt definitiv der Competenzgrund erst in Wirksamkeit mit der definitiven sogenannten Einlassung zur Hauptsache."

Unrecht bestritten werden sollte, und der Beweis ihrer Berechtigung erbracht worden ist, die schon eingetretene festzustellen. Während die oben erwähnte C.-Einrede i. e. S. sich auf die rechtsvernichtende Thatsache der geschehenen C. beruft, schafft sich diese Einrede dieselbe erst im Momente ihrer Abgabe und zugleich mit ihr durch sich selbst. Das Endziel ist das gleiche wie das anderer Einreden: gänzliche oder theilweise Abweisung der Klage; ihr eigenthümlicher Charakter allen andern gegenüber ist aber nicht zu verkennen. Während z. B. die Einrede der Verjährung u. s. w. diese Abweisung verlangt, weil der Anspruch des Klägers überhaupt unbegründet sei, anerkennt diese Einrede gerade dessen Begründetheit, liefert aber durch sich selbst das Vernichtungsmittel, d. i. die in ihr enthaltene C.-Erklärung. Während die andern Einreden ihren Grund völlig ausser sich selbst haben, in dem Factum der Verjährung, des dolus u. s. w., wird der Grund dieser Einrede nicht schon durch die Thatsache der Compensabilität, sondern erst durch eine Thätigkeit des Einredenden selbst gelegt, durch «das Fallenlassen seiner eigenen Forderung behufs Verrechnung [1])».

Es ist zu bemerken, dass diese scharfe Unterscheidung der zwei Arten der C.-Einrede unserer gesammten Gerichtspraxis fremd ist; dass sie unter dem Ausdruck «C.-Einrede, Einrede der C.» unbedenklich beide Arten zusammenfasst, wie z. B. das Bundesgericht ganz allgemein sich ausdrückt: «En effet, l'exception de compensation constitue un simple moyen de défense tiré de l'extinction de la créance du demandeur [2])». Es mag dies

[1]) Vgl. hier vor Allem Schwanert a. a. O. 14, 63.

[2]) E. v. 9. Okt. 1886, angeführt im Journal des tribunaux, 1886. Der gleiche Entscheid wendet sich auch gegen die Auffassung, als geschehe die Geltendmachung der C. im Processe widerklagsweise: „En matière intercantonale, on ne peut prendre des conclusions reconventionelles devant le tribunal nanti de la demande principale que si la réclamation principale et celle présentée reconventionel-

schon daher kommen, dass diese Zweitheilung nach dem gemeinen Recht und seiner «gerichtlichen C.» nicht gemacht werden kann, weil nach ihm in jeder C.-Einrede nur eine Beantragung steckt, das Gericht möge auf Grund derselben und der gelieferten Beweise selbst C. aussprechen; dann daher, dass in ihrer äussern Erscheinung beide Einreden sich ziemlich, in ihrem Effecte sich völlig gleich sind; vor Allem aber daher, dass die Einrede der zweiten Arten selten vorkommen wird. Sicherlich der regelmässige Fall ist ja, dass schon vor der Processanhebung der Schuldner auf irgend eine Weise von seinem C.-Willen Kenntniss gegeben hat, so dass, wie unter Ziff. 1 ausgeführt wurde, von der Geltendmachung eines noch existirenden Anspruchs nicht mehr die Rede sein kann.

Bevor wir etwas näher eingehen auf die Gestaltung der C. im Processe und bei der Betreibung, möge hier noch die Behandlung zweier Fragen Platz greifen.

a) Wie verhält es sich, wenn eine oder wenn beide Parteien mehrere Forderungen besitzen? Klagt der Gläubiger mehrere Forderungen zugleich ein und hat Beklagter eine compensable Gegenforderung, so kann er sie zur C. irgend eines der eingeklagten Ansprüche verwenden und mit seiner C.-Erklärung sind auch die betreffenden Forderungsverhältnisse beiderseits consumirt. Will der klagende Gläubiger dem Schuldner diese Möglichkeit nehmen, so hat er immer noch den Ausweg, bei Einklagung seinerseits z. B. zu erklären: ich klage Forderungen a, b und c ein, will aber, da Beklagter eine Gegenforderung hat, dieselbe verrechnen auf meine Forderung c, so dass ich von c nur noch den Rest einfordere. Es ist hier gemeinrechtlich sehr bestritten, ob der Kläger seinerseits C. beantragen, mit C. klagen könne, ein modernes «agere cum

lement sont connexes. Mais l'art. 59 de la Constit. fédérale ne met pas obstacle à ce que le défendeur se fonde sur une contre-prétention qu'il estime avoir contre le demandeur pour soutenir que la créance de ce dernier est éteinte par compensation."

compensatione[1])». Die Frage ist nach «O.» gar nicht zweifelhaft, schon desswegen nicht, weil wir keine gerichtliche C. im gemeinrechtlichen Sinne haben, Art. 138 nicht von Kläger und Beklagtem, sondern einfach von Gläubiger und Schuldner spricht, und der klagende Gläubiger hier so gut Schuldner und compensationsberechtigter Schuldner ist, wie der Beklagte, und kein Grund vorhanden ist, das C.-Recht durch die formelle Stellung der Parteien im Processe beeinträchtigen zu wollen. — Ebenso ist gemeinrechtlich der Fall bestritten, wo Beklagter mehrere Gegenforderungen hat, und im Anschlusse daran die Frage, ob Kläger der C.-Erklärung gegenüber eine replica compensationis (eine compensatio compensationis) vornehmen könne. Es kann sich natürlich nur darum handeln, dass sämmtliche Gegenforderungen des Beklagten compensabel sind, dann aber müssen wir für O. (wie Eisele für das gemeine Recht p. 367) den Grundsatz der Prävention streng festhalten: Wer zuerst verrechnen zu wollen erklärt, hat den Vortheil der C. Damit verneinen wir des entschiedensten, dass das Alter der verschiedenen Forderungen einen Einfluss habe[2]). Es steht dem Beklagten völlig frei, mit jeder seiner Gegenforderungen zu compensiren; von einer Nöthigung, mit der dem Kläger lästigsten Gegenforderung verrechnen zu müssen[3]), kann nicht die Rede sein; wünscht dies Kläger, so steht ihm, wie schon bemerkt, das Recht offen, vorher eine diesbezügliche C.-Erklärung abzugeben. Wie gesagt, ist gemeinrechtlich die Frage bestritten, ob dem

---

[1]) Für Bezahlung: Dernburg 546, 547, Eisele 362, Seuff. Arch. XIX, Nr. 142, 144.

[2]) So für das gemeine Recht: Windscheid § 349, Anm. 22; Dernburg p. 550: Hat A seit 1. Jan. 1886 eine Darlehensforderung an B, B aus irgend einem Geschäft einen Gegenanspruch seit 1. März 1886, A eine weitere Forderung aus einem neuen Darlehen an B seit 1. April 1886, so kann B jeder der beiden Forderungen gegenüber nach Belieben compensiren.

[3]) So Seuff. Arch. XXIII, Nr. 22.

Kläger eine replica compensationis zustehe, d. h. ob er auf die C.-Erklärung dahin repliciren könne, die compensationsweise geltend gemachte Gegenforderung auf eine andere, ihm selbst zustehende, aber nicht eingeklagte Forderung zur C. verwenden zu wollen. Die herrschende Meinung spricht sich im Allgemeinen für Unzulässigkeit aus[1]), lässt sie aber für den Fall der Forderung ex eadem causa zu, da hier, wie Eisele sich ausdrückt, die eadem causa in der Art ein objektives Band zwischen Forderung und Gegenforderung bilde, dass jede Partei es wird ablehnen können, wenn ihre Gegenforderung ex eadem causa von dem Gegner zur C. mit einer ganz andern Forderung gebracht und dadurch die Forderung aus jener causa compensationsfrei gemacht werden will. Es kann aber für O. eine solche Ausnahme absolut nicht gestattet sein; man würde damit anerkennen, dass Connexität an und für sich schon ein Hinderniss zur compensationsweisen Verwendung bilden würde, was im direktesten Widerspruche mit Art. 131 und 138 stände. Eine replica compensationis ist schlechthin nach O. unstatthaft, weil mit Vorschützen der Einrede nicht nur die eingeklagte Forderung getilgt worden ist, sondern auch die des Beklagten, somit der Kläger gar kein Objekt mehr hat, welchem gegenüber er eine andere Forderung zur C. verstellen könnte, also eine faktische und rechtliche Unmöglichkeit zur Recompensation vorhanden ist. Nicht diese C.-Replik ist es, wenn Kläger replicirt, er habe die Gegenforderung bereits durch eine frühere Erklärung getitgt, oder es habe Beklagter sich ihm gegenüber bereits früher verpflichtet, mit seinem Gegenanspruch eine anderweite Forderung zu tilgen, was auch geschehen sei; dies ist eine vollständig gültige «replica compensationis factæ».

[1]) Seuff. Arch. XIX 141, 142, 143, 144, XXII 33, XXX 134, N. F. II 31. 13, VIII 222, E. d. R.-G. VII Nr. 70, Eisele 365.

b) Wie verhält es sich, wenn Kläger nur einen Theil seiner Forderung einklagt und auf die C.-Einrede replicirt, dass er die Gegenforderung des Beklagten auf den nicht eingeklagten Theil verrechnen wolle? Es existiren diesbezüglich zwei sich widerstreitende Entscheidungen des Reichsgerichts[1]; die erste weist die Replik zurück, die zweite lässt sie für den Fall zu, dass nach Abzug der Gegenforderung von der ganzen klägerischen Forderung noch mehr übrig bleibt, als eingeklagt worden ist. «Will der Beklagte gegen diese eine Forderung des Klägers sein C.-Recht ausüben, so kann er damit nur erreichen, dass der Gesammtbetrag derselben um den Betrag seiner Gegenforderung als getilgt anzusehen ist, und da bei dieser Aufrechnung von der in ihrem ganzen Umfange liquiden Forderung des Klägers noch mehr übrig bleibt, als jetzt eingeklagt ist, so kann der Beklagte aus seinem C.-Recht eine Einrede gegen die Klage nicht begründen.» Dieser Entscheidung können wir weder für das gemeine Recht, noch für O. beistimmen. Liegt es gerade im Interesse des Klägers, dass der Betreibung eines Theils seiner Forderung die C.-Einrede nicht im Wege stehe, so kann er vorher, gleich bei Einklagung, eine Erklärung dahin abgeben, die gegnerische Forderung auf den nicht eingeklagten Theil verrechnen zu wollen. Thut er dies nicht und klagt er nur einen Theil schlechthin ein, so will er eben nur eine theilweise Befriedigung, welche sowohl durch Zahlung als durch C. herbeigeführt werden kann, im vorliegenden Falle also wirklich herbeiführt worden ist. Ob der nicht eingeklagte Theil grösser oder kleiner ist, als die compensable Gegenforderung, hat absolut keine Wirkung auf das C.-Recht des Beklagten; dieser hat durch seine Erklärung die verlangte Befriedigung gegeben und damit beide Forderungen, soweit sie geltend gemacht waren, völlig consumirt.

---

[1]) E. d. R.-G. VII Nr. 70, XIII Nr. 43.

Die C. ist schon nach röm. Rechte nicht dadurch ausgeschlossen, dass Beklagter seine Forderung bereits eingeklagt hat, und dieselbe damit rechtshängig geworden ist [1], und dies ist auch für das gemeine Recht fast allgemein anerkannt [2]. Wir sind auch für O. der Ansicht, dass das materielle C.-Recht auch hier gewahrt werden müsse; ein Ausschluss der C. mit der Begründung, dass es hier an dem Erfordernisse der Fälligkeit fehle, ist jedenfalls unrichtig [3]. Schwierigkeiten jedoch bietet die processuale Behandlung eines solchen Falles. Es kann von vorneherein nicht zugelassen werden, dass der Beklagte für seine Forderung in zwei Processen Befriedigung erhält. was der Fall wäre, wenn das Gericht endgültig über die C. entscheiden wollte — zudem läge die Gefahr nahe, hier widersprechende Urtheile zu bekommen —; es ist aber auch nicht thunlich, den schon anhängigen Process über die zur C. verwandte Forderung fallen zu lassen. Wir möchten hier den gleichen Weg einschlagen, wie in demjenigen Falle, wo das Gericht nicht competent ist zur Beurtheilung der beklagten, bestrittenen Forderung. Hier hat das Trib. de commerce de Genève [4]) sich dahin geäussert, dass der endgültige Entscheid zu verschieben sei, bis über den Gegenanspruch das zuständige Gericht ein Urtheil gefällt habe. Es wird freilich dadurch das endgültige Resultat verzögert werden, was aber keinen Grund abgeben darf, das materielle C.-Recht in einem solchen Falle unmöglich zu machen [5].

---

[1]) l. 8 h. t. D. 16, 2.

[2]) Dernburg 536; Eisele 318; Seuff. Arch. XVI 39, XXI 117, XXVII 118.

[3]) So entschieden Trib. cant. de Vaud, 10 Août 1886. Journal des trib. 1886.

[4]) Urtheil vom 6. Nov. 1884. Revue III Nr. 31.

[5]) Gleicher Ansicht f. gem. R. Dernburg 536, Seuff. Arch. VII, Nr. 300. Eisele p. 370 will den ersten Process in den zweiten hineingezogen wissen und zwar „in der Lage, in welcher er bei seiner Vereinigung mit dem zweiten Processe war."

§ 20.

Fortsetzung. Speciell bei der Betreibung.

Es würde den Rahmen dieser mehr theoretischen Abhandlung weit überschreiten, den Einfluss des materiellen C.-Rechts, wie er sich nach den verschiedenen kantonalen Processordnungen gestalten möchte, zu untersuchen; dazu fehlt dem Verfasser auch die Kenntniss der kantonalen Praxis. Was im Folgenden daher dargestellt wird, sind kurze Erörterungen mehr allgemeiner Natur.

Es ist ausgeführt worden, dass die C. sich im Processe als Einrede gestalten wird. Da gegenwärtig noch der Civilprocess in das Gebiet der kantonalen Gesetzgebung fällt, so unterliegt auch die C.-Einrede den Bestimmungen der kantonalen Processordnung insofern und insoweit, als dieselbe Vorschriften über Einreden überhaupt aufgestellt hat. Die C.-Einrede im Processe anders zu behandeln, als andere Einreden, dazu ist kein Grund vorhanden. Die einzelnen Processordnungen weichen nun in dieser Beziehung weit von einander ab, je nachdem sie sich in den strengen Bahnen des scharfgegliederten gemeinen Rechts bewegen, oder mehr den Principien eines freien Verfahrens, wie es vor Allem der deutsche Reichscivilprocess durchgeführt hat, huldigen Darnach hat sich der Beklagte genau zu richten; sein C.-Recht darf ihm nicht verkümmert oder gar verweigert werden; anderseits wird aber jede Processordnung im Interesse einer geordneten Rechtspflege gewisse Fristen geben, innert welchen der Beklagte jede Einrede vorbringen kann, wird sie das spätere Einbringen entweder nur dann zulassen, wenn der Beklagte nachweist, dass er ohne sein Verschulden diese Einrede nicht früher einbringen konnte, dass sie z. B, erst jetzt entstanden ist, oder auch ganz ausschliessen. In all' diesen Bestimmungen liegt keine Verkümmerung oder Verweigerung des materiellen C.-Rechtes; es sind nicht nur erlaubte,

sondern gebotene Vorschriften bezüglich der Geltendmachung dieses materiellen Rechtes im Processe. Keineswegs aber dürfte eine Processordnung bestimmen, dass die C.-Einrede nur als liquide zugelassen werde; dies wäre, wie gezeigt, ein Uebergriff in das materielle Recht. dessen Regelung durch O. geschehen ist. — Es ist freilich zu bedauern, dass unter solchen Verhältnissen von einer völlig gleichmässigen Durchführung des materiellen C.-Rechtes im Processe nicht geredet werden kann; dass dasselbe hier viel freier, während des ganzen Processes, dort nur sehr beschränkt, gleich bei Eröffnung, verwendet werden darf; dass die Gleichheit der Durchführung wohl im kantonalen Gebiet, nicht aber im Rechtsverkehr der ganzen Schweiz, vorhanden ist, bedauerliche Zustände, die auch wieder auf das Bedürfniss einer zu erstrebenden Unification des Processrechtes hinweisen!

Als allgemein gültigen Satz können wir aufstellen: Macht Beklagter zur richtigen Zeit und in vorgeschriebener Weise im Processe Gebrauch von seiner C.-Einrede, so muss dieselbe zugelassen werden; der Richter hat dann nur über deren Begründetheit zu entscheiden. keineswegs aber das Recht, die Einrede an und für sich. nach Belieben zuzulassen oder nicht. Von diesem Standpunkte aus können zwei Entscheidungen des Trib. civil de Genève nicht gebilligt werden. Der erste Entscheid [1]) legt Art. 131, 2 dahin aus: «c'est une faculté qui lui (au débiteur) est donnée, c'est une tolérance de la loi; il appartient aux juges de statuer dans chaque cas sur la recevabilité de l'exception.» Aehnlich drückt sich der zweite Entscheid aus [2]): «considérant que ce code ne fait que tolérer la compensation entre une dette liquide et exigible, et une prétention qui n'a aucun de ces deux caractères, qu'il appartient aux juges de statuer dans chaque

---

[1]) Vom 15. Oktober 1885. Revue IV, Nr. 53.

[2]) Vom 31. März 1885. Revue IV, Nr. 54.

cas, selon les circonstances, sur l'admissibilité de cette exception de c.» Wie dieser Satz aufgefasst sein soll, macht der hier entschiedene Fall ganz klar. Beklagte machte gegenüber einer Miethsforderung von zwei Trimestern eine Schadenersatzforderung geltend, und *bot,* da bestritten *Beweis an.* In Anbetracht, dass sie zahlungsunfähig sei, und nun jene Thatsachen, auf welchen ihre Gegenforderung fusst, wahrscheinlich (!! «qu'il y a tout lieu de croire») nur verwenden wolle, um ihre Verurtheilung zu verzögern; in Anbetracht, dass sie ja, falls ihre Gegenforderung sich später (natürlich auf dem Wege der Klage) als richtig erweisen würde, Deckung genug habe an der Miethschuld für das kommende Trimester (!!), kommt das Gericht zu dem Resultate: «qu'il n'y a pas de motif, en l'état, pour admettre son exception de c. qui «paraît» n'être qu'une exception dilatoire.» Obwohl also die Beklagte für ihre Gegenforderung Beweis anbietet, und sie den processualen Erfordernissen völlig Genüge geleistet hat, wird sie dennoch mit ihrer Einrede nicht einmal zugelassen, wird ihr die Beweisantretung versagt. Von dem Belieben und der subjectiven Ansicht des Richters soll es daher abhängen, ob die C.-Einrede zuzulassen oder abzuweisen, ob der Beklagte zu hören sei oder nicht d. h. ob das materielle C.-Recht verwirklicht werden könne oder nicht! Eine Ansicht, deren Unrichtigkeit im Hinweise auf die gemachten Ausführungen (§§ 12, 19) nicht mehr erst erwiesen zu werden braucht, und die ihre Zurückweisung wohl treffend in einem Urtheil des Trib. cant. de Fribourg [1]) findet: que si la loi accorde au débiteur d'une dette même illiquide, le bénéfice de la faire valoir à l'encontre de la réclamation du créancier, il est évident que ce débiteur «doit avoir le droit de justifier cette contre-prétention.»

---

[1]) 4 Févr. 1886, Revue IV, Nr. 122.

Es ist unbedingt zulässig, dass der Richter auf Grund seiner Processordnung die Verhandlung über die beiden Ansprüche eventuell trennt, ein Theilurtheil erlässt gegen Sicherstellung u. s. w.; niemals aber darf er die Einrede, wenn zur richtigen Zeit vorgebracht, zurückweisen und den Beklagten *endgültig* verurtheilen. Das materielle C.-Recht muss ihm, wenn er den richtigen processualen Gebrauch macht, immer gewahrt bleiben; wie dies in einzelnen Fällen am zweckmässigsten im Processe geschieht, ist Sache der Processordnung und des urtheilenden Richters.

Wie der Civilprocess, so ist auch gegenwärtig noch das Betreibungsverfahren Sache der kantonalen Gesetzgebung, und während constatirt werden kann, dass die Praxis im Allgemeinen bezüglich der Verwirklichung der C. im Civilprocess eine gleichmässige und richtige Behandlung aufweist, ist dies bei der Betreibung leider nicht der Fall; im Gegentheil, die bis jetzt bekannt gewordenen diesbezüglichen Entscheidungen verschiedener kantonaler Obergerichte zeigen, dass hier die Praxis immer noch tastet und sucht, den richtigen Weg aber, den sie einschlagen soll, noch nicht gefunden hat. Es dürfte sich auch kaum ein zweites Rechtsgebiet finden lassen, in welchem die verschiedenen Kantone so ganz ihre eigenen Wege gegangen sind, wie hier, keines, wo man mit mehr Grund von einem eigenen, selbstgeschaffenen Rechte sprechen darf. In grossen Zügen charakterisirt F. v. Wyss [1]) das ganz eigenartige Gepräge: «Eine Zwangsexecution für Geldforderungen aller Art, angehoben meist auf blosses Begehren des Gläubigers, ohne dass ein gerichtliches Urtheil oder auch nur eine gerichtliche Cognition oder Bewilligung vorgenommen werden

[1]) In seiner Abhandlung: Die Schuldbetreibung nach schweizerischen Rechten, in der Z. f. schweiz. R. VII, p. 3 ff.; sie ist für die gegebenen Ausführungen benützt.

muss, vollzogen durch Administrativbeamte oft ohne alle gerichtliche Mitwirkung, in kurzen Fristen zur Pfändung und Veräusserung der Pfänder oder Aushändigung derselben an den Gläubiger, oft direkt zur Eröffnung des Concurses führend, das ist ein Institut, zu dem jeder Jurist, der es nicht von Jugend auf mit eigenen Augen gesehen und daran sich gewöhnt hat, den Kopf schütteln wird.» Dass unter solchen Umständen ein Unterbringen und Anwenden neuer, allgemein verbindlicher Principien schwierig ist, ist leicht begreiflich.

Aufgabe jedes Betreibungsgesetzes ist es, rasch und billig, so wenig als möglich durch Weitläufigkeiten gehemmt, das Ziel zu erreichen. Dieser Gedanke muss selbst dann im Auge behalten bleiben, wenn die Anhebung der Betreibung weder rechtskräftiges Urtheil, noch gerichtliche Bewilligung benöthigt; ist doch die Gefahr, dass ohne Grund, chikanös betrieben werde, nicht gross und ihr auf die leichteste Weise vorzubeugen. Nur die Kantone der westlichen Schweiz, Freiburg, Waadt, Neuenburg, Genf, auch Tessin, verlangen Beibringen einer Beweisurkunde, eines sog. vollstreckbaren Titels (titre exécutoire), und zwar ein Urtheil oder gerichtlicher Vergleich, eine notarialische Urkunde oder eine Privatschuldurkunde von besonderer, in den betr. Gesetzen näher bezeichneten Form; sie allein auch machen die Unterscheidung zwischen einem Untersuchungs- und Vollstreckungsverfahren (procédure d'instruction et procédure d'éxécution) [1]). In den übrigen Kantonen ist all' dies nicht nöthig; ein schriftliches Begehren an den zuständigen Beamten um Anhebung der Betreibung genügt vollständig. Die natürliche Kehrseite dieser Leichtigkeit, für jede Forderung die Betreibung erlangen zu können, ist, dass anderseits dem Betriebenen ein weitgehendes Ver-

---

[1]) Siehe Botschaft des Bundesrathes über den E. vom 23. Febr. 1886, p. 60.

theidigungsrecht zustehen muss, und wir können für uns daraus schliessen, dass dem Schuldner hier das unbedingte Recht zur C. ebenso zustehen sollte, wie im Processe. Allgemein ist denn auch durchgeführt, dass der Betriebene, wenn ihm der Zahlungsbefehl zugestellt worden ist, während einer gewissen Frist «Recht vorschlagen kann». Er erklärt mündlich oder schriftlich, meist mit Angabe der Gründe, seine Bestreitung dem zuständigen Beamten, der davon dem Gläubiger Mittheilung macht. Hat der Betriebene demnach eine compensable Gegenforderung, so wird er durch den Beamten dem Betreibenden seinen C.-Willen erklären lassen, damit die Forderung tilgen und bei Bestreitung Recht vorschlagen. Damit wird die Betreibung unterbrochen, und der Gläubiger muss den Weg der Klage betreten. Es ist einleuchtend, dass er hier nicht für jede Forderung den ordentlichen Processweg einschlagen kann; dies wäre die vollständige Verunmöglichung jenes erwähnten Zweckes, den jedes Betreibungsgesetz verfolgen muss.

In den Kantonen der westlichen Schweiz — bekanntlich muss hier immer ein titre exécutoire vorhanden sein — findet desshalb für derartige Bestreitungen ein abgekürztes Processverfahren statt, und diesem hat sich auch der compensationsfähige Betriebene zu unterwerfen. So lässt z. B. Art. 610 des Code de procédure von Neuchâtel «en matière de poursuites pour dettes» schlechthin keine Widerklage (demande reconventionelle) zu, und es ist demnach vollständig begreiflich und mit Art. 131 nicht im Widerspruch stehend, dass ein Betriebener, welcher auf dem Wege der Widerklage compensiren will (was unserer Ansicht nach nicht der richtige Weg ist), damit abgewiesen werden muss. In diesem Sinne lassen denn auch zwei Entscheidungen eine auf diese Weise versuchte C. nicht zu [1]).

[1]) Trib. cant. 9 Janv. 1884, in Revue II, Nr. 27. Cour de cassation 30 Janv. 1885 in Revue III, Nr. 118.

Das C.-Recht des Betriebenen gründet sich auf den Umstand, dass, die welschen Kantone ausgenommen, für jede beliebige Forderung Betreibung angehoben werden kann, demnach auch eine weitgehende Vertheidigung zulässig sein muss; dann aber ist sie auch durch die eigenthümliche Natur der C.-Einrede begründet. Während der bestreitende Betriebene in allen andern Fällen das Recht des Gläubigers zur Betreibung bestreitet, sei es dass er sie nicht erfüllen will oder nur die Art und Weise der Betreibung als nicht korrekte bestreitet u. s. w., kurz, dass er den Gläubiger nicht befriedigen will, nimmt er bei der Einrede der C. eine ganz andere Stellung ein. Auf Grund einer Gegenforderung, von deren Dasein der Betreibende vorher vielleicht nichts wusste, will er die thatsächliche Erfüllung umgehen, will aber den Gläubiger auf gesetzliche Weise vollständig befriedigen durch C., er ist also bereit zur Erfüllung, nur nicht zur Realleistung. Die C. bei der Betreibung schlechthin auszuschliessen, wäre eine Ungerechtigkeit; obwohl dies in der Macht der Kantone stände, kommt es doch nirgends vor. Fraglich aber ist es, ob sie jeder Forderung gegen über in diesem Verfahren geltend gemacht werden könne oder nicht? — In vielen Kantonen, so Zürich, Schaffhausen, Solothurn, Baselland und Graubünden etc. ist anerkannt, dass für Forderungen, welche sofort oder leicht liquid gemacht werden können, die Betreibung, wenn auch nur vorläufig, zu Ende geführt werden kann, falls der Schuldner gewisse zulässige Einwendungen nicht eben so leicht liquid machen kann. Muss demnach die C.-Einrede hier liquid sein? Diese Frage hat ein Urtheil des Trib. cant. de Fribourg [1]) bejaht im Hinweise darauf, «qu'il est de jurisprudence admise par les tribunaux fribourgeois que la compensation de prétentions illiquides ne peut être opposée par le débiteur au créancier qui le

---

[1]) Vom 11. Sept. 1885. Revue IV, Nr. 16.

poursuit en vertu d'un titre paré et exécutoire»; ein Incidenturtheil desselben Gerichts aber [1]) verneint mit der Begründung, dass das Princip des ersten Urtheils wohl richtig war unter der Herrschaft des alten Rechts, wonach C. überhaupt nur mit liquiden Forderungen zulässig war, dass aber diese Bestimmung durch O. Art. 131 modificirt worden sei, und dass O. für alle Fälle entscheidend sei, ob C. opponirt werden könne oder nicht, selbst bei der Betreibung. «Admettre le contraire, ce serait restreindre la portée de l'art. 131, ce serait le principe qu'en matière de poursuite les règles fixées par le droit fédéral concernant la compensation, ne sont pas applicables; que la preuve demandée par les défendeurs St. à l'appui de la compensation invoquée ne peut donc être refusée». Wir befinden uns in einem Dilemma: Wir müssen zugeben, dass es an und für sich in der Competenz der kantonalen Processgesetzgebung steht, zu bestimmen: Im summarischen Executionsprocess sind nur liquide Einreden zulässig; finden aber, dass damit für einen Fall das Recht des O. durchbrochen würde, welches für C. keine Liquidität fordert. Gibt demnach das kantonale Recht dem Betriebenen die Möglichkeit, im gleichen Momente in dem einen Falle, falls seine Gegenforderung liquid oder liquidabel, compensiren zu können, im andern Falle aber, falls sie illiquid, nicht, so liegt darin eine Verletzung des dem Schuldner in Art. 131 gegebenen Rechtes, und wir müssen daher behaupten, dass bei der Betreibung C. auch mit einer illiquiden Gegenforderung zulässig ist. Das kantonale Recht darf nicht im Widerspruche stehen mit O.: eidgenössisches Recht bricht hier kantonales!

Sind durch die kantonalen Betreibungsgesetze gewisse Forderungen, meistens solche, welche auf öffentlicher Urkunde oder auf gerichtlichem Erlasse beruhen, in der

---

[1]) Vom 4. Febr. 1886. Revue IV, Nr. 122.

Weise bevorzugt, dass ihnen gegenüber nur wenige besondere Einsprachen gelten, oder die Einsprachen liquid sein müssen, somit auch die Einrede der C., so müssen wir auch derartige Beschränkungen verwerfen. Es wäre dies ja eine Privilegirung gewisser Forderungen; in einem und demselben Stadium könnte der Betriebene der einen Forderung, einer gewöhnlichen, gegenüber compensiren, der andern, einer auf öffentlicher Urkunde oder gerichtlichem Erlasse beruhenden gegenüber, nicht, was im Widerspruche mit Art. 131 resp 132 stände, welche für solche Fälle die C. nicht ausschliessen, keinen Unterschied zwischen Forderung und Forderung machen. Wir können es nur wiederholen: Gänzlicher Ausschluss der C allen Forderungen gegenüber wäre zulässig, nicht aber ein solcher von illiquiden C.-Einreden oder nur gewissen Forderungen gegenüber. Wir halten dafür, dass Bestimmungen, wie z. B. Art 33 des St. Gallischen Schuldentriebgesetzes: «Gegen Betreibungen, welche auf ein vollziehbares Urtheil oder auf einen vermittleramtlichen Vergleich gestützt sind oder .... ist ein Rechtsvorschlag nur zulässig .... b) aus dem Grunde der Gegenforderung, wenn solche gleichfalls auf einem vollziehbaren Urtheil oder Vergleich beruht», unter der Herrschaft des O. nicht mehr in Kraft bleiben können, weil dieses beschränkend. — Es liegen diesbezüglich zwei sich widersprechende Entscheidungen vor. Auf Grund des § 158 des Schuldentriebgesetzes von Zürich ist die Einrede der C. bedingt ausgeschlossen gegenüber Forderungen, die auf öffentlicher Urkunde resp. gerichtlichem Erlasse beruhen, indem hier Liquidabilität verlangt wird, und im zweiten Falle noch, dass der Gegenanspruch erst nach jenem Erlasse entstanden sei, und ist sie unbedingt ausgeschlossen gegenüber Forderungen aus einem gerichtlichen Erlasse, sofern die Gegenforderung schon früher entstanden resp. entdeckt worden ist. Die Rekurskammer des Obergerichts

Zürich [1]) liess trotzdem C. einer auf gerichtlichem Erlasse beruhenden Forderung gegenüber zu mit einer Gegenforderung früheren Datums, mit der Begründung, die einschränkende Bestimmung des § 158 stehe im Widerspruch mit O., welches in Art. 132 diesen Fall unerwähnt lasse, dass die compensando zu tilgende Forderung eine gerichtlich festgestellte sei. Zu dem entgegengesetzten Resultate kommt hier der Beschluss des Cassationsgerichtes Zürich [2]), die beiden Fälle des Ausschlusses der C. seien lediglich processuale Präclusivbestimmungen, folglich immer noch in Kraft. Aus den soeben angegebenen Gründen können wir die zweite Entscheidung nicht eine richtige nennen, stimmen vielmehr der ersten bei. Dieselbe gibt denn auch den richtigen Weg an, auf welchem C. bei der Betreibung einer auf gerichtlichem Erlasse beruhenden Forderung gegenüber mit einer vor diesem Erlasse schon bestehenden Forderung eventuell ausgeschlossen werden kann. War dem Betriebenen letzteres schon bekannt, und hat er im ordentlichen Processe von dem ihm bekannten Rechte keinen Gebrauch gemacht, so liegt darin ein stillschweigender Verzicht, und C. kann, hierauf gestützt, auch bei der Betreibung ausgeschlossen werden. Dass es aber Sache des Richters sein muss, im einzelnen Falle zu untersuchen, ob jener Gegenanspruch schon vor dem gerichtlichen Erlasse bestanden und dies dem Betriebenen bekannt war, ist selbstverständlich.

Hat der Schuldner die Frist zur Bestreitung vorüber gehen lassen, so ist ihm damit selbstverständlich auch die Möglichkeit genommen, später noch zu compensiren, wie er überhaupt sein Einspracherecht verloren hat, und es wird auf Begehren des Gläubigers der zweite Betrei-

[1]) Urtheil vom 28. Mai 1884. Revue II, Nr. 71.

[2]) Vom 19. Jan. 1885. Revue III, Nr. 119.

bungsact erlassen, der nun je nach den verschiedenen Rechten auf Pfändung oder Concurs geht.[1])

Das Resultat unserer kurzen Untersuchung ist kein befriedigendes und praktisch kaum oder gar nicht durchführbares. Es ist sicherlich gerecht, dass dem Betriebenen einer gewöhnlichen Forderung gegenüber das Recht zur C. vollständig und unbeschränkt zustehen muss; es heisst aber, den Zweck des ganzen Betreibungsverfahrens illusorisch machen, will man dies jeder Forderung gegenüber zulassen, solchen gegenüber, die sofort liquid gemacht werden können, die auf einem gerichtlichen Urtheil beruhen u. s. w. Hier soll nicht der Betriebene durch chikanöse C.-Einrede das ganze Verfahren sistiren und den Gläubiger in einen langwierigen Process verwickeln können, nach dessen Beendigung er das leere Nachsehen hätte; dem Betreibenden muss das Recht zustehen, den Rechtsvorschlag durch Begehren auf «Rechtsöffnung» aufheben und zu seinem Rechte gelangen zu können. Man kann aber der kantonalen Gesetzgebung nicht das Recht zugestehen, eine theilweise Verweigerung materiellen, eidgenössischen Rechtes durchzuführen und muss zu obigem Resultate kommen. Solch' unerfreulichen Zuständen kann nur durch einheitliche Regelung des Betreibungsverfahrens von Seiten des Bundes abgeholfen werden, und es möge gestattet sein, in gleicher Kürze wiederzugeben, wie sich das C.-Recht darstellt nach dem bundesräthlichen Entwurfe eines Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Concurs.

Auch nach E. ist eine Betreibung für Geldforderungen aller Art zulässig. Auf vorschriftsgemäss geschehenes, schriftliches Begehren um Anhebung einer Be-

---

[1]) E. d. B.-G. vom 14. Mai 1886 i. S. Lederrey, Revue IV, Nr. 83. Das O.... schliesst durchaus nicht aus, dass die Kantonalgesetzgebung Vorschriften darüber aufstelle, wann diese Einrede im Processe und im Vollstreckungsverfahren bei Strafe des Ausschlusses vorgeschützt werden muss.

treibung (Art. 52) wird dem Schuldner der vom Betreibungsbeamten ausgefertigte Zahlungsbefehl zugestellt (Art. 75, 76), und jener hat eine allfällige Bestreitung innert 10 Tagen dem Betreibungsbeamten mündlich oder schriftlich zu erklären (Art. 77), ohne dass Angabe der Gründe nöthig ist (78). Nach Ablauf dieser Frist ist ein Rechtsvorschlag noch möglich, wenn der Grund desselben erst seither entstanden und urkundlich nachgewiesen ist, oder wenn der Schuldner darthut, dass er ohne sein Verschulden an der rechtzeitigen Geltendmachung des Rechtsvorschlags verhindert war (Art. 79). Der Rechtsvorschlag bewirkt nun Einstellung der Betreibung; wenn jedoch nur ein Theil der Forderung bestritten ist, so kann die Betreibung für den Rest ungehindert fortgesetzt werden (Art. 81). Hat der Schuldner demnach eine compensable Forderung, so wird er Recht vorschlagen, ohne dass er nöthig hat, jetzt schon den Grund, d. h. seine compensable Forderung und seinen C.-Willen, kund zu thun. Auch nach jener 10tägigen Frist ist ihm dies noch möglich, falls er den urkundlichen Nachweis einer erst nach jener Frist ihm entstandenen Gegenforderung beibringen kann.

Die gewöhnliche und regelmässige Folge des Rechtsvorschlags ist, dass der Gläubiger zu dessen Beseitigung den ordentlichen Processweg zu betreten hat (Art. 82), so dass regelmässig das C.-Recht ein ebenso freies und unbeschränktes ist, wie sonst im Processe und sich völlig gleich gestalten wird.[1]) Anders liegen die Verhältnisse, falls die Forderung des Gläubigers sich auf ein vollstreckbares, gerichtliches Urtheil (und ihm sind gleichzustellen gerichtliche Vergleiche und gerichtliche Schuldanerkennung) oder auf eine andere beweiskräftige Urkunde, wie z. B. eine schriftliche Schuldanerkennung, stützt (Art. 82). Hier kann der Betreibende, «im beschleu-

[1]) Vgl. oben §§ 18, 19 Anfang.

nigten Processverfahren die Aufhebung des Rechtsvorschlages und die Anerkennung seines Anspruchs (Rechtsöffnung) verlangen» (Art. 82). Und mit Recht; denn derartige Forderungen tragen in sich schon die grosse Wahrscheinlichkeit ihrer Begründetheit, und ihrer Verwirklichung sollen so wenig als möglich Hindernisse in den Weg gestellt werden können. Was bei gewöhnlichen Forderungen dafür spricht, auch bei der Betreibung in Folge der Bestreitung, den Gläubiger auf den gewöhnlichen Processweg zu verweisen, die Unsicherheit ihrer Begründetheit, ist hier lange nicht in diesem Maasse vorhanden und rechtfertigt vollkommen eine bedeutende Beschränkung des Vertheidigungsrechts. So vor Allem, wenn die Forderung sich auf ein vollstreckbares Urtheil einer eidgenössischen oder kantonalen Gerichtsbehörde gründet; hier findet die Rechtsöffnung statt, falls nicht der Betriebene «den sofortigen, schriftlichen Nachweis erbringt, dass die Schuld seit Erlass des Urtheils durch Zahlung oder auf andere Weise getilgt worden, oder dass sie verjährt sei (Art. 83, 1, vgl. Abs. 2). Damit ist auch C. hier bedeutend eingeschränkt. Der Schuldner muss sofort schriftlich nachweisen können, dass inzwischen die Forderung durch geschehene C. getilgt worden sei und zwar unbestreitbar getilgt; es wird ihm ausserdem nur noch gestattet sein, auf Grund einer streng liquiden Forderung jetzt die nach rückwärts tilgende und aufhebende C.-Erklärung abzugeben. Damit ist dem Betreibenden der Nachweis nicht verschlossen, dass der Schuldner seine compensable Gegenforderung schon während des Processes besass und trotz Kenntniss derselben nicht zur C. verwandte; dass somit hier ein Verzicht vorliege, auf Grund dessen die Verrechnung jetzt zurückzuweisen sei. Eine im Process nicht vorgebrachte Einrede soll in der Executivinstanz nicht mehr vorgeschützt werden können. Anders, wenn die Gegenforderung erst nach dem Urtheil entstanden oder compensabel geworden ist! «Gründet sich

die Betreibung auf eine andere beweiskräftige Urkunde, so kann der Betriebene ausser den Einreden, die sich auf die Gültigkeit oder Beweiskraft der Urkunde beziehen, auch andere Einwendungen vorbringen, sofern er dieselben sofort glaubhaft zu machen vermag» (Art. 84). Hat er demnach eine compensable Gegenforderung, und will er jetzt damit compensiren, oder hat er schon vorher aussergerichtlich dem Gläubiger seine C.-Erklärung abgegeben, so ist eine derartige Tilgung nur dann zulässig, falls er seinen Gegenanspruch sofort glaubhaft zu machen vermag, d. h. falls er liquid ist; andernfalls tritt Rechtsöffnung ein. — Gründet sich die Forderung auf ein vollstreckbares gerichtliches Urtheil etc., so hemmt der Rechtsvorschlag selbst die Pfändung nicht, sondern nur die Verwerthung des Pfandes (Art. 96).

Alle diese Vorschriften gelten für die schnelle Concursbetreibung nicht:[1]) Rechtsvorschlag ist hier nur in äusserst beschränktem Maasse zugelassen; so, was uns hier interessirt, «wenn der Schuldner eine aus dem Wechselrechte hervorgehende, glaubhaft erscheinende Einrede erhebt» (Art. 176, Ziff. 4). Darunter fällt auch eine dem Betreibenden gegenüber zulässige C.-Einrede (vgl. oben § 16).

Aus diesen kurzen Ausführnngen ist ersichtlich, dass alle diejenigen Beschränkungen der C., welche die kantonalen Gesetze bei der Betreibung in Anwendung bringen möchten; welche sie aber als kantonales Recht dem O. gegenüber nicht aufstellen dürfen als Beschneidung materiellen Rechtes, vom Entwurfe in ausgiebigster Weise berücksichtigt worden sind. Möge nur der Entwurf bald geltendes Recht werden!

---

[1]) „Sie ist auf die im Handelsregister eingetragenen, resp. bei Errichtung der Urkunde eingetragen gewesenen Schuldner von Wechseln oder Cheks und deren Erben beschränkt.“ Botschaft zu E. p. 67.

B. Der Compensationsvertrag.

§ 21.

Es sind oben die Unterschiede auseinandergesetzt worden zwischen der einseitigen, gesetzlichen C. und der vertragsmässigen. Der Ausdruck C.-Vertrag deckt sich mit letzterem nicht; er hat eine weitere Bedeutung; er umfasst nicht nur die durch beidseitige Einigung vor sich gehende Verrechnung, «compensatio in præteritum», sondern schliesst auch noch das «pactum de compensando», «de nominibus compensandis» in sich.

1. Eine vertragsmässige C. in ersterm Sinne ist «ein gegenseitiger Erlassvertrag, in welchem Erlass gegen Erlass ausgetauscht werden». [1]) Gemeinrechtlich kann sie abgeschlossen werden, um die richterliche zu ersetzen, d. h. die sonst nötnige Mitwirkung des Richters; für O. hätte der Vertrag in dieser Richtung keine Bedeutung, da bei Vorhandensein der gesetzlichen Erfordernisse die Wirkung der C. schon durch die einseitige Willenserklärung herbeigeführt wird; es kann daher nur von Bedeutung sein, wenn es an den gesetzlichen Erfordernissen fehlt. Fälligkeit oder Gleichartigkeit sind keineswegs nothwendig; [2]) gerade ihr Mangel wird die Parteien im einzelnen Falle zur vertragsmässigen C. bewegen. Sie kann ferner den Zweck haben, C. für solche Fälle zu Stande zu bringen, wo das Gesetz dem Gläubiger das Recht gibt, einseitige C. wider seinen Willen zurückzuweisen. So kann durch Einigung z. B. geschehen, dass Deponent und Depositar C. vornehmen zwischen der Depositumsforderung und einer Wechselforderung des Depositars, dass der Steuerpflichtige verrechnen dürfe mit irgend einer privatrechtlichen Forderung u. s. w. Es wird

---

[1]) Windscheid § 351, 1 und vgl. Dernburg § 594, Eisele p. 236.

[2]) „Besondere Eigenschaften von Forderung und Gegenforderung sind nicht erforderlich“, Windscheid § 351, 2.

hierbei derjenige, zu Gunsten dessen eine Beschränkung der einseitigen C. gegeben ist, [1]) darauf verzichten und dadurch seine Forderung compensabel machen. Dieser C.-Vertrag ist auch dem französischen Rechte als «compensation facultative» bekannt [2]). Stellt sich nachher heraus, dass die eine der beiden Forderungen nicht existirte, so bleibt die andere bestehen, wie wenn gar nicht compensirt worden wäre, eine Consequenz, die sich an der Natur des *gegenseitigen* Erlassvertrages ergibt. — Wo es nicht ausdrücklich ausbedungen, kann natürlich bei dieser vertragsmässigen C. von einer Rückziehung nicht die Rede sein; die Parteien wollen ihre beidseitigen, bis zum Vertragsabschluss incompensablen Forderungen nicht schon von dem Augenblicke der blossen Coexistenz an aufgehoben wissen, sondern erlassen sich ihre Forderungen gegenseitig und in dem Zustande und in derjenigen Höhe, in der sie sich zur Zeit ihrer Einigung befinden.

Verträge solcher Art bedürfen nach O. weder einer besondern Form, noch der Schriftlichkeit, sie sind formlos gültig.

2. Der C.-Vertrag zweiter Art (i. w. S) hat die Bedeutung, für zukünftige Fälle, sei es nun für alle zwischen den Parteien entstehenden Forderungen, sei es nur für gewisse Arten, C. im gewöhnlichen Sinn oder nur modificirt stattfinden zu lassen. Nicht immer braucht der Vertrag sich nur auf C. zu erstrecken, die Einigung über zukünftige C. ist oft tacite in einem andern Vertrage enthalten. Die Parteien sind damit auch der Verpflichtung enthoben, im Falle des Gegenüberstehens von Forderungen, die nach ihrer frühern Uebereinkunft sich aufheben sollen, eine diesbezügliche C.-Erklärung abzugeben.

Der wichtigste Fall ist der des Contocorrentverkehrs. Vorauszuschicken ist, dass z. B. blosse Crediteröffnung

[1]) Vgl. Art. 132, 133, 134, 135, und oben §§ 15, 16.
[2]) Vgl. § 11, und Laurent 480, 481.

allein noch nicht ein Contocorrentverhältniss begründet[1]). Grünhut[2]) definirt den Contocorrentvertrag dahin: «Er besteht in der Uebereinkunft zweier Personen, insbesondere zweier Kaufleute, sich gegenseitig für einen bestimmten Zeitraum rücksichtlich der während desselben abgeschlossenen Rechtsgeschäfte bis zu einem bestimmten oder zu bestimmenden Betrage Credit zu gewähren. Die Folge ist, dass die nach Ablauf der für die Abrechnung bestimmten Zeitperiode durch *C.* der ganzen, zu einer untheilbaren Einheit verschmolzenen Debetmasse gefundene Differenz zwischen beiden eine einheitliche Forderung (einen Saldo) zu Gunsten des einen Theils ausmacht.» In der Uebereinkunft, in Contocorrent mit einander zu treten, ist nun tacite ein C.-Vertrag enthalten wonach die Summe der einzelnen, allmälig entstehenden Posten des debet und credit auf einmal als zwei untheilbare Gesammtforderungen bis zur Höhe der sich deckenden Beträge gegenseitig erlassen werden durch C., wonach also auch eine diesbezügliche Erklärung nicht mehr nöthig ist; [3]) ist andrerseits aber auch ein C.-Verzicht enthalten, insofern, als kein einzelner Posten für sich zur C. eines gegenüberstehenden verwendet werden darf; als die einzelnen Posten ruhig weiter bestehen bleiben und der Zins für jeden von ihnen fortläuft bis zum Abschluss des ganzen Contocorrents, obgleich ihnen in der Zwischenzeit Gegenforderungen gegenüber getreten sind. [4])

[1]) Siehe die bernische Entscheidung vom 29. Okt. 1884 in Z. d. bern. Jur.-V. XXI, p. 192.

[2]) In Endemann's Hdb. III, p. 936.

[3]) Absatz 2 in Art. 138 O.: „Vorbehalten bleiben die besondern Uebungen des kaufmännischen Contocorrentverkehrs" hat denn auch diese letztere Bedeutung. So auch der Bericht der ständeräthlichen Commission vom 31. Mai 1880, p. 7: Die C. im kaufmännischen Contocorrentverkehr vollzieht sich ohne besondere Willenserklärung.

[4]) Diese Wirkung des Contocorrentvertrages ist gesetzlich fixirt im (Ital.) Codice di Commercio, tit. XI, art. 345: Il contratto di conto corrente produce: .... 2° la reciproca compensazione fra le parti, sino alla concorrenza del rispettivo dare ed avere alla chiusura del conto, salvo il pagamento della differenza.

Eine weitere Anwendung des C.-Vertrags liegt in der Scontration.[1]) Sie ist ein mehrseitiges Rechtsgeschäft von mehr als zwei Personen, welches dahin zielt, alle oder gewisse Forderungen derselben unter sich auf eine Weise zu befriedigen, die so wenig als möglich Baarzahlung erfordert. Sie findet hg. T. statt «bei ständig organisirten, der Regel nach mit Scontirzwang ausgestatteten Clearing oder Abrechnungsvereinen» (London, Paris, Hâvre, Berlin, Frankfurt etc.). In der Vereinigung Mehrerer zu dieser Art Abrechnung in dem Scontrationsvertrag liegt auch eine (stillschweigende) gegenseitige Einwilligung zu einer weitgehenden C. Nicht nur, dass die Forderungen da compensirt werden, wo gegenseitige Gläubiger- und Schuldnerqualität vorhanden ist, sondern es werden auch die Verrechnungen vorgenommen, wo es an einer solchen Gegenseitigkeit fehlt, auf indirectem Wege durch eine Reihe von Delegationen und Cessionen. Man sucht «Substitution neuer Gläubiger und Schuldner behufs C.» und gelangt durch eine Reihe solcher Manipulationen zu einer weitmöglichsten Reduction der noch baar zu bezahlenden Summen. — Diese kurze Andeutung mag genügen; in der Schweiz und auf den grösseren Handelsplätzen kommt, so viel uns bekannt, eine derartige Scontration noch nicht vor.

Grünhut[2]) kommt in seiner Untersuchung der juristischen Natur der Differenzgeschäfte dazu, in ihnen auch einen C.-Vertrag zu finden und resümirt seine Auseinandersetzungen in folgender Definition: «Das Differenzgeschäft ist ein mit zwei Nebengeschäften verknüpftes Zeitgeschäft, dem einen Nebenvertrag des Inhalts, dass zwischen denselben Parteien, welche je eine verschiedene Spekulationstheorie verfolgen, ein Zeitgeschäft in entgegengesetzter Richtung abgeschlossen wird, und dem zweiten

[1]) Vgl. über dieselbe: Cohn in Endemanns Hdb. III, p. 1056; Gareis a. a. O. p. 492 ff.

[2]) In Endemann's Hdb. III, § 279.

Nebenvertrage, welcher die Ausgleichung der gegenseitigen Verpflichtungen, soweit diese einander decken, durch C. feststellt. Die C. ist demnach der juristische Behelf, durch welchen das Geschäft sich in eine einfache Differenzzahlung aufzulösen vermag, ohne dass das eigentliche Kaufsobjekt körperlich geliefert oder genommen zu werden braucht.» Unseres Erachtens ist dieser, an und für sich theoretisch hübsch konstruirten Definition der Vorwurf zu machen, dass sie der Wirklichkeit nicht entspricht. Die Meinung der Parteien bei Abschluss eines reinen Differenzgeschäftes geht auf absolut nichts Anderes, als die Differenz; von einem stillschweigenden C.-Nebenvertrage kann nicht gesprochen werden, da kein Contrahent eine andere Verpflichtung als diejenige einer Zahlung der eventuellen Preisdifferenz übernehmen will. Wo daher die Absicht der Parteien, gegenseitige Verpflichtung zur körperlichen Lieferung des sog. Kaufobjektes zu übernehmen, von vornherein ausgeschlossen ist, kann auch von einer durch Nebenvertrag stillschweigend geschlossenen Einigung, diese Verpflichtung durch C. zu tilgen, nicht die Rede sein. Es ist eben ein gegenseitiger Vertrag, «wonach ein Vertragschliessender dem andern den Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise einer Sache und dem Marktpreise oder Kurse, welchen die Sache zu einer gewissen Zeit gehabt habe oder haben werde, zahlen soll,» und der Versuch, dieses Geschäft mit der trügerischen Hülle eines Kaufes zu umgeben, wird und muss beim reinen Differenzgeschäft immer scheitern. Auf diesem Standpunkte steht denn auch das Bundesgericht, indem es die reinen Differenzgeschäfte nach Analogie von Spiel und Wette behandelt, ihnen somit die Klagbarkeit etc. versagt, [1]) von ihnen aber scharf solche Geschäfte scheidet, «bei welchen den Parteien die Wahl zwischen wirklicher

[1]) So E. d. B.-G. XII, Nr. 54, i. S. Titzck & Cie. contra Post & Lappé.

Erfüllung und der Regulirung durch Bezahlung im Umfange der Differenz zusteht.» [1])

Der C.-Vertrag kann auch negativen Inhalt haben, kann Verzicht auf C. in futurum enthalten und zwar in mannigfacher Weise: er kann ein einseitiger oder ein gegenseitiger sein, kann sich nur auf bestimmte Forde rungen oder auf alle überhaupt beziehen. Nicht hieher gehört der «Verzicht de præsenti», wenn einer in einem Falle von seinem C.-Rechte Gebrauch machen könnte, es aber absichtlich unterlässt; darin liegt kein Vertrag, sondern nur ein freiwilliger, einseitiger Nichtgebrauch eines zustehenden, gesetzlichen Rechtes.

[1]) Urtheil des B.-G. 24. Juli 1886 i. S. Rüegger & Knörr contra Creditanstalt Luzern. E. d. B.-G. XII, Nr. 64.

Inhalts-Angabe.



